DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO

PEDRO LENZA

16ª edição revista, atualizada e ampliada



Editora Saraiva

HISTÓRICO DA OBRA

■ **1.ª edição:** jan./2000

■ **2.ª edição:** jun./2001

■ **3.ª edição:** fev./2002

■ **4.ª edição:** ago./2002

■ **5.ª edição:** fev./2003

■ **6.ª edição:** maio/2003; 2.ª tir., set./2003

■ **7.ª edição:** jan./2004; 2.ª tir., fev./2004; 3.ª tir., mar./2004; 4.ª tir., abr./2004; 5.ª tir., maio/2004;
6.a tir., jul./2004; 7.a tir., ago./2004; 8.a tir., set./2004; 9.a tir., out./2004

■ **8.ª edição:** fev./2005; 2.ª tir., mar./2005; 3.ª tir., maio/2005; 4.ª tir., jun./2005

■ **9.ª edição:** out./2005; 2.ª tir., jan./2006

■ **10.ª edição:** mar./2006; 2.ª tir., maio/2006; 3.ª tir., jul./2006; 4.ª tir., set./2006; 5.ª tir., nov./2006

■ **11.ª edição:** mar./2007; 2.ª tir., abr./2007; 3.ª tir., maio/2007; 4.ª tir., ago./2007; 5.ª tir., set./2007; 6.ª tir., out./2007

■ **12.ª edição:** mar./2008; 2.ª tir., mar./2008; 3.ª tir., abr./2008; 4.ª tir., jun./2008; 5.ª tir., ago./2008; 6.ª tir., ago./2008; 7.ª tir., out./2008

■ **13.ª edição:** fev./2009; 2.ª tir., mar./2009; 3.ª tir., abr./2009; 4.ª tir., jul./2009; 5.ª tir., ago./2009; 6.ª tir., set./2009

■ **14.ª edição:** fev./2010; 2.ª tir., mar./2010; 3.ª tir., jul./2010; 4.ª tir., ago./2010; 5.ª tir., set./2010

■ **15.ª edição:** fev./2011; 2.ª tir., maio/2011; 3.ª tir., ago./2011

■ **16.ª edição:** fev./2012



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SPCEP 05413-909 PABX: (11) 3613 3000 SACJUR: 0800 055 7688 De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse:www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN - 978-85-02-16129-0

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Lenza, Pedro
Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.
Bibliografia.
1. Direito constitucional I. Título

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito constitucional 342

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais, arte, diagramação e revisão Know-how Editorial

Serviços editoriais Vinicius Asevedo Vieira

Capa Aero Comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Know-how Editorial

Data de fechamento da edição: 2-2-2012

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

UMA HOMENAGEM ESPECIAL

Gostaria de pedir licença ao meu ilustre leitor e fazer um agradecimento que, apesar de particular, é muito especial...

Gostaria de agradecer a você, minha querida Má, por tudo o que representa, não só em minha vida como também para o resultado deste nosso "filho".

Como muitos devem saber, o "nosso" *Esquematizado* surgiu no ano de 2000, como um sonho e a concretização de um projeto de vida...

Hoje, depois de 12 anos, com milhares de exemplares vendidos, gostaria de confessar que tudo isso — além das muitas pessoas que, de uma maneira ou de outra, contribuíram, inclusive o meu ilustre leitor, fiel e amigo, que constantemente envia sugestões — tem a mão de uma pessoa chamada Má.

Todos devem presumir a dificuldade que é "lutar", diária, diuturna e, também, literalmente, durante muitas e muitas noites de estudo, para que o livro continue a cumprir o seu relevante papel na vida de muitas pessoas...

Todos podem imaginar os momentos de dificuldade, de esgotamento... que poderiam se comparar à luta diária dos concurseiros de nosso país, que se "fecham" ao mundo, que se afastam dos entes queridos, que se privam de momentos prazerosos, sempre em busca de um sonho muito nobre, de um projeto de vida, marcado por horas e mais horas isolados: o concurseiro "guerreiro", os livros, o quarto, a biblioteca e Deus para nos guiar.

Muitas vezes nos perguntamos, eu inclusive, se tudo está valendo a pena, se tanto esforço está valendo a pena, se, pela fragilidade da vida, devemos continuar nessa trajetória.

Então, é nesses momentos de dificuldade que vejo a importância que é ter uma pessoa como a Má: atrás, para me segurar nos momentos difíceis, projetando-me para o sonho; à frente, servindo como força propulsora; e ao lado, me estimulando, encorajando, incentivando e entusiasmando...

Posso dizer, então, que tudo isso que o *Esquematizado* hoje representa

tem a mão da Má, que nunca deixou de sonhar este nosso sonho.

Muitas horas, muitas noites... Assim, depois de tanta coisa que passamos juntos, eu só tenho a lhe agradecer por tudo, Má, especialmente por sua alegria de vida, a contribuir para a realização do sonho de muitos e ilustres "concurseiros" que, honrosamente, acreditaram em "nosso" *Esquematizado* .

Assim, Má, por tudo e para sempre, o meu muito obrigado por ajudar a manter vivo este nosso sonho.

Precisava dividir essa felicidade e berrar para todo mundo que eu te amo muuuuuito e, de alguma maneira, te dizer o quanto você é importante nisso tudo e na minha vida! Valeu...

MAIS UMA HOMENAGEM ESPECIAL

Gostaria de pedir novamente licença ao meu ilustre leitor e fazer mais um agradecimento que, apesar de particular, é, também, muito especial...

Com a graça de Deus (porque ter um filho é uma bênção), eu e a Má esperávamos nossa filha para o dia 20 de julho de 2010. Apressadinha como os pais, no dia 25 de maio de 2010, a pequena (literalmente, porque prematura) Manoela veio ao mundo.

Realmente, como muitos diziam, a minha vida mudou! Tudo é muito estranho e novo. Como é possível que aquele "tesouro" tenha saído da barriga da minha esposa?

Dizem que se parece um pouco comigo, e fico, mais ainda, impressionado como é a natureza.

E agora, pela primeira vez, estou vivenciando a emoção de ser pai... Que explosão de sentimentos! Realmente, o mundo fica paralisado quando eu fico olhando nos olhos dela...

Acho que tudo passa a fazer sentido. Tanta luta diária, tantas noites sem dormir (escrevendo, atualizando os livros, em solitário enclausuramento), tantos sonhos sonhados... Agora tudo passa a ter um significado: consigo entender o verdadeiro sentido do *amor incondicional* dos pais pelos filhos...

Realmente, a atualização deste ano exigiu muito. Foram dois meses trabalhando quase 20 horas por dia. A pequena Manoela não entendia o que estava acontecendo. Desde que ela nasceu estávamos grudados. Falava para ela sobre a minha missão e o compromisso que tenho com os meus ilustres "guerreiros" concurseiros. Não sei se ela entendia... Explicava para ela que o *papai* logo voltaria a brincar. Que loucura isso tudo... Que dualidade. Que dificuldade.

Muitas vezes, de madrugada, beijava a Manu e a Má e era como se aquilo me desse mais forças. Quando parecia que não conseguiria mais, eu pensava nas duas... pensava nos meus leitores e no que passam nessa fase tão

difícil da vida. Pensava na minha responsabilidade e em cada aluno que vejo renunciando a tantas coisas.

Dizem que todo ser humano tem de *plantar árvores, escrever livros e ter filhos* . De fato, isso tudo já fiz, mas, se soubesse, decididamente, *teria invertido a ordem* !

Escreverei mais livros (essa é a minha missão!) e plantarei mais árvores. Mas, para ser sincero, o que penso mesmo é ter mais um filho. E aconselho: não deixem que os projetos (muitos profissionais) sejam a única prioridade da vida. Ao lado de pessoas queridas, continuemos a sonhar os sonhos sonhados e, assim, a realizar os projetos idealizados. Sejamos felizes! A vida é curta... Obrigado, Manu, por dar sentido a isso tudo. Obrigado, Má, por ter me "dado" a Manu e por estar ao meu lado, sempre acreditando nesse nosso sonho.

À minha mãe, exemplo de vida, guerreira da vida,
inspiração espiritual para os que a cercam,
sensibilidade natural, pureza inexplicável
como o nascer do sol, o meu muito obrigado
por ter sempre apoiado os meus projetos intelectuais e
por termos juntos vencido tantos obstáculos...

Ao meu *pai*, que tanto me ensinou, que tanto me orientou,
que com certeza também foi o responsável pelas lições
da vida, obrigado pela força; saiba que o tenho
eternamente em meu coração...

Aos meus *irmãos*, por tudo o que representam e
pelo exemplo de garra, perseverança e alegria de vida...

Ao *Felipinho*, meu sobrinho, pela renovação de todos esses sentimentos...

A todos vocês dedico este trabalho.

A vocês, *Má* e *Manu*,
por tudo o que significam em minha vida,
alegrando-a, energizando-a, abençoando-a;
pela pureza, preciosidade, ternura,
meiguice e amor;
por tanta força e positividade depositadas
neste meu projeto de vida;
com carinho, o meu eterno agradecimento.

AGRADECIMENTOS

Todos, com certeza, tiveram um papel fundamental para que este trabalho se concretizasse, sendo muitos os nomes que deveriam ser relacionados para não incorrer em injustiças.

Devo, contudo, lembrar algumas pessoas que, com certeza, influenciaram muito o meu desenvolvimento acadêmico.

Ada Pellegrini Grinover, exemplo de jurista, exemplo de doutrinadora, exemplo de cientista do Direito, exemplo de pensadora, pessoa a quem devo o eterno agradecimento pela oportunidade de desenvolver os estudos de pós-graduação na Faculdade de Direito da USP e pelo apoio neste trabalho conjuntamente com o projeto de pesquisa, encontrando, ainda, dentre tantos afazeres, o precioso tempo para apresentá-lo à comunidade acadêmica.

Antonio Carlos Marcato, presidente e professor do *Curso Marcato*, ex-membro do MP, Desembargador aposentado e agora advogado. Sem dúvida, poucos têm essa "tríplice" experiência que o mestre, com generosidade, compartilha, divulgando o seu conhecimento, ensinando e encantando.

Damásio de Jesus, presidente e professor do *Complexo Jurídico Damásio de Jesus*, mestre de todos nós, modelo de paixão e devoção pela ciência do Direito, ensinando-nos que o aprendizado não tem limites ou fronteiras: seremos eternos estudiosos, pelo resto de nossas vidas.

Leda Pereira Mota, amiga de sempre que, nos bancos acadêmicos, fez nascer em mim a paixão pelo Direito Constitucional quando me convidou para auxiliá-la nas aulas de seminário na PUC/SP, espaço utilizado em conjunto com os alunos, como verdadeiro "laboratório experimental", discutindo diversas questões sobre a matéria. Você será nossa eterna mestra!

Maria Helena Diniz, pela amizade sincera e por ter mostrado para mim e, creio, para todos os que com ela convivem o exemplo de vida e de ser humano, bem como de grande estudiosa do Direito.

Agradeço ao *Complexo Educacional Damásio de Jesus*, pela

credibilidade conferida a este estudo e por acreditar nesse grande sonho.

Agradeço, também, a *Marcato Cursos Jurídicos*, por tantas oportunidades e alegrias.

Agradeço ao *ProOrdem — Centro de Estudos Jurídicos*, nas pessoas de *Marco Antônio Clauss, Joana D'Arc Alves Trindade* e *Clerice Pires*, pela amizade e pelo apoio que, no início, depositaram neste trabalho.

Sinceros são os meus agradecimentos à *OAB/SP*, que, apoiando o desenvolvimento dos advogados, abriu as portas para que eu pudesse apresentar-me em palestra proferida na *OAB/Pinheiros*. Aproveito este espaço para declarar a minha eterna gratidão a toda a comunidade pinheirense, na pessoa de seu ex-Presidente, o amigo *José Vicente Laino*, exemplo humano de pessoa e profissional.

Gostaria de agradecer o carinho que tenho recebido em todo o Brasil nos cursos e palestras, com os quais muito aprendi.

Aliás, não poderia deixar de expressamente agradecer a dois grandes mestres. Em primeiro lugar (*ladies first...*), à amiga *Noêmia Garcia Porto,* por tudo e por ter-me dado a honra de dialogar sobre grandes temas do direito constitucional. Em segundo, ao grande mestre *Cássio Juvenal Faria,* por tanta credibilidade depositada neste estudo, o que, para mim, é um grande orgulho! Simplesmente, o meu muitíssimo obrigado...

Tio Beto, Tia Christina, Li e Bruno, obrigado por estarem juntos neste meu projeto de vida.

Tio Cláudio, Tia Marly, Vó Olguinha, Cris, Clau, Fábio... obrigado por termos pensado juntos a nova "cara" do livro.

Tia Márcia, Débora, Thaís e família, obrigado por me apoiarem desde o começo.

Ao Igor, meu mais novo comprador... ele só tinha 5 anos e, utilizando o cartão da minha esposa, comprou o livro no *saraiva.com*!

Fau e Guto, Tia Etra, Ailton, Tio Eduardinho, Duca, Tia Jussara, Fabinho, Leny e Nice, pela energia da Bahia, muitíssimo obrigado.

Lembro, ainda, *Armando Casimiro Costa Filho* e todos da *LTr Editora,* que, logo no primeiro contato, acreditaram em mim, viabilizando a realização deste sonho, sendo responsáveis pelas cinco primeiras edições desta obra.

Em igual sentido, os meus profundos agradecimentos a *Vauledir Ribeiro Santos* e a todos da *Editora Método,* que, empenhados na manutenção do grande sonho, deram importante projeção nacional ao trabalho e lutaram ao meu lado da 6.ª até a 11.ª edição.

A partir da 12.ª edição tive a honra e o privilégio de unir forças com a querida **SARAIVA**, que, desde o início, também acreditou neste grande sonho. Em nome de *Jorge Eduardo Saraiva, Ruy Mendes Gonçalves, José*

NOTA DO AUTOR À 16.ª EDIÇÃO

Chegamos à 16.ª edição, com muito trabalho e constante preocupação com o conteúdo e a precisão das informações.

Parte dos textos foi escrita em São Paulo e outra em Santos, a querida "Veneza brasileira", ou, por que não, a querida "Miami brasileira"... O trabalho era intenso. Não podia parar... Não vou me esquecer, no primeiro dia do ano, das várias horas que passei em uma pousada no litoral norte de São Paulo, dentro do quarto, escrevendo, atualizando e lutando em nome dos sonhos dos meus amigos "Guerreiros Concurseiros" do Brasil...

Sem dúvida, os vários e-mails que chegam de todo o Brasil e as sugestões recebidas em cursos e palestras têm servido de importante fonte para o enriquecimento deste trabalho.

Nesse sentido, agradecemos, profundamente, a todos que de alguma forma contribuíram para esta nova edição, com importantes comentários, ricas sugestões e discussões. Aos amigos Lisandra Farah Barreto, Maicon Zambrini e Leandro Hissa Dahi, serei eternamente grato.

Outrossim, durante todo esse tempo, os cursos que já ministramos na TV Justiça ("Aula Magna", "Saber Direito", "Apostila") e em alguns tribunais (cursos de capacitação interna) serviram para percebermos as tendências da jurisprudência, que se mostra extremamente importante àqueles que se preparam para concursos públicos.

Nesse particular, declaradamente, **agradecemos** e **homenageamos** o importante trabalho do setor de jurisprudência do **STF** , notadamente a equipe responsável pelo **"Notícias"** , pelos **"Informativos"** e, agora, pelo extraordinário **"A Constituição e o Supremo"** , compêndio eletrônico lançado pelo STF e desenvolvido pelas *Secretarias de Documentação e de Informática* , em cumprimento a uma das promessas do Ministro Nelson Jobim na Presidência, no caso, a de facilitar acesso rápido e preciso às informações, verdadeiro dever das fontes.

Indispensável, outrossim, a análise do trabalho de informações do **STJ** e dos sites da **Câmara** e do **Senado Federal** . Destacaria, ainda, o site

Consultor Jurídico, dentre tantos outros.

Para esta nova edição, o trabalho de pesquisa foi impressionante. Vários temas foram incorporados ao trabalho, que passou a ter **116 novas páginas** em relação à anterior.

A seguir, apontamos as principais mudanças inseridas nesta 16.ª edição, revista, atualizada e ampliada em relação à anterior e em conformidade com a **reforma ortográfica** e com a **tendência dos concursos públicos do Brasil** e a **jurisprudência do STF**, com o objetivo de facilitar a vida daquele ilustre leitor que possui as edições anteriores:

Capítulo 1 — a matéria foi revista, mostrando-se em consonância com os últimos concursos de 2011 e nos termos da jurisprudência do STF. Parte do texto foi reformulada, tendo sido inseridas questões.

Capítulo 2 — o capítulo foi **revisto**, tendo sido ampliada a parte teórica de classificações. Questões foram inseridas.

Capítulo 3 — o texto foi revisto e ampliado em conteúdo, especialmente em relação a discussões sobre o preâmbulo. Questões relevantes foram acrescentadas.

Capítulo 4 — a parte teórica foi revista e atualizada. Questões foram introduzidas.

Capítulo 5 — a parte teórica foi ampliada em relação à jurisprudência do STF. Questões foram introduzidas.

Capítulo 6 — a parte teórica foi revista e adequada a importantes **mudanças de entendimento** da jurisprudência do STF. Destacamos a **Lei n. 12.562, de 23.12.2011**, regulamentando o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o STF. Outro ponto foi em relação ao julgamento sobre a **relativização da coisa julgada**. Questões foram introduzidas.

Capítulo 7 — a parte teórica foi adequada à jurisprudência do STF. Temas importantes foram analisados, como a problemática que envolveu o **plebiscito** no Estado do Pará. Questões foram introduzidas.

Capítulo 8 — não houve modificações na parte teórica. Questões foram introduzidas.

Capítulo 9 — a parte teórica foi revista à luz de importantes decisões do STF. Vários pontos foram aprimorados. Questões foram introduzidas.

Capítulo 10 — a matéria foi revista, ampliando-se a parte teórica de acordo com a jurisprudência do STF. Questões foram introduzidas.

Capítulo 11 — a parte teórica foi profundamente alterada, destacando-se, entre outras, várias regras sobre a **Justiça de Paz**, profunda

PREFÁCIO

Esta obra, como apontado pela Professora *Ada Pellegrini Grinover* na apresentação deste trabalho, busca auxiliar os candidatos a concursos públicos e provas de faculdade, servindo, ainda, como manual de consulta para os operadores do Direito.

Percebendo a dificuldade dos alunos na matéria, tentei esquematizar os grandes temas do Direito Constitucional, não só em linguagem direta como também por meio de um "formato" mais conveniente, propiciando uma leitura mais dinâmica e, ao mesmo tempo, estimulante.

A partir da 12.ª edição, junto com a SARAIVA, o projeto gráfico foi totalmente modificado. Recorremos ao uso de cores para facilitar ainda mais o estudo dos *guerreiros concurseiros* . Espero que aprovem e, assim, aguardo os comentários!

Nesse espírito, busquei determinar o posicionamento da *doutrina,* apontando a corrente que prevalece e indicando o entendimento do *Supremo Tribunal Federal* sobre a matéria. Por meio de pesquisa minuciosa, procurei trazer tudo de mais atualizado que há sobre o assunto, contando com o relevante instrumento que é a Internet.

Devo observar que, em decorrência do objetivo deste trabalho, qual seja, **auxiliar os candidatos a provas e concursos públicos** , sempre que percebia divergências na matéria, sem deixar de apontar o meu posicionamento, indiquei qual deveria ser a linha adotada nas provas preambulares.

Essa minha perspectiva, felizmente, agora está consagrada no art. 17, § 1.º, da *Resolução n. 14, de 06.11.2006, do CNMP — Conselho Nacional do MP* , que, ao dispor sobre as *Regras Gerais Regulamentares para o concurso de ingresso na carreira do MP brasileiro* , estabeleceu: "A prova preambular **não** poderá ser formulada com base em entendimentos doutrinários divergentes ou jurisprudência não consolidada dos tribunais. As opções consideradas corretas deverão ter embasamento na **legislação** , em **súmulas** ou

jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores".

Em igual medida, estabelece o art. 33 da *Resolução n. 75, de 12.05.2009, do CNJ — Conselho Nacional de Justiça:* "as questões da prova objetiva seletiva serão formuladas de modo a que, **necessariamente** , a resposta reflita a **posição doutrinária dominante** ou a **jurisprudência pacificada** dos Tribunais Superiores".

Tentando, ainda, implementar as "armas" para esta verdadeira "guerra intelectual", além de me valer da linguagem clara e direta, bem como da forma de apresentação do trabalho (quadros, esquemas, itens e subitens), no final de cada capítulo teórico procurei ilustrar o assunto trazendo **provas de concursos públicos e algumas questões de minha própria autoria** , facilitando, assim, a percepção pelo candidato das matérias que mais são questionadas em cada um dos temas do Direito Constitucional.

Creio que o objetivo foi atingido, recompensando o esforço empreendido neste trabalho.

Devo declarar que imperfeições eventualmente existirão, motivo pelo qual estarei sempre aberto para discussões e sugestões.

Da minha parte, tentei, ao máximo, recrutar todas as "armas" que auxiliassem os alunos e candidatos a atingir os seus objetivos: a vocação de uns é para a advocacia, a de outros, para o MP, a de outros, para a Magistratura, a de outros, ainda, para os demais concursos, sejam da área jurídica ou não jurídica; por fim, há os que precisam de uma consulta rápida sobre determinado assunto, relacionado à sua vida profissional.

Saibam que sempre estarei à procura de elementos para ajudá-los nesta fase difícil de suas vidas. **Nunca desistam!** Sejam sempre fortes! Tenho certeza, e sempre falo para os meus alunos, que todos podem... só depende de vocês. Confio plenamente em cada um. Vocês só precisam acreditar em si e se concentrar ao máximo em seus objetivos, e tenho fé em Deus que sempre conseguirão o que buscam.

No final, quando olharem para trás e disserem que valeu o esforço, que atingiram o que buscavam, essa alegria, tenham certeza, será a minha maior recompensa, e isso bastará para que eu olhe para trás e também diga: "Pedro, valeu a pena tanto esforço neste trabalho...".

Agora, vamos à luta. *Muito boa sorte neste seu projeto de vida. Chamem-me para a posse!*

APRESENTAÇÃO À 1.ª EDIÇÃO

É com grande satisfação que apresento o livro do jovem e promissor mestrando da Faculdade de Direito da USP, *Pedro Lenza* , intitulado "Direito Constitucional Esquematizado". Escrita numa linguagem clara e direta, a obra destina-se, declaradamente, aos candidatos às provas de concursos públicos e aos alunos de graduação, e, por isso mesmo, após cada capítulo, o autor insere questões para aplicação da parte teórica. Mas será útil também aos operadores do direito mais experientes, como fonte de consulta rápida e imediata, por oferecer grande número de informações buscadas em diversos autores, apontando as posições predominantes na doutrina, sem eximir-se de criticar algumas delas e de trazer sua própria contribuição.

Da leitura amena surge um livro "fácil", sem ser reducionista, mas que revela, ao contrário, um grande poder de síntese, difícil de encontrar mesmo em obras de autores mais maduros, sobretudo no campo do direito.

Penso, assim, que a obra será de grande valia para a comunidade jurídica. Só resta desejar a seu jovem autor todo o êxito que merece.

São Paulo, 24 de novembro de 1999

Ada Pellegrini Grinover

SUMÁRIO

1

(NEO)CONSTITUCIONALISMO

■ 1.1. ALOCAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

■ 1.1.1. A classificação em "ramos do direito"

Antes de tratarmos do movimento que recebeu o nome de "constitucionalismo", faremos uma ponderação inicial, lembrando que o direito constitucional costuma ser alocado dentro do ramo do direito público, destacando-se por seu objeto e princípios fundamentais orientadores de sua aplicação.

José Afonso da Silva observa que o direito constitucional "configura-se como **Direito Público fundamental** por referir-se diretamente à *organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política*". [1]

Apesar de colocarmos o Direito Constitucional dentro do ramo do direito público (fundamental), devemos alertar o leitor que, modernamente, vem sendo dito que o direito é **uno** e **indivisível, indecomponível**. O direito deve ser definido e estudado como um grande **sistema**, em que tudo se harmoniza no conjunto. A divisão em ramos do direito é meramente didática, a fim de facilitar o entendimento da matéria, vale dizer: questão de **conveniência acadêmica**.

Aceitando a classificação dicotômica (público e privado), apenas para fins didáticos, dentro do **direito público**, poderemos alocar, também (destacando-se a particularidade **fundamental** do direito constitucional), o direito administrativo, o urbanístico, o ambiental, o tributário, o financeiro, o econômico, o penal, o processual, o internacional etc., ao contrário do direito civil e comercial, que, historicamente, preencheriam a categoria do **direito privado**.

Referida classificação dicotômica pode ser atribuída a **Jean Domat** (afastando-se daqueles que a imputam ao Direito Romano), que foi quem separou, pela primeira vez, as **leis civis** das **leis públicas** e cuja obra influenciou a elaboração do **Código de Napoleão** de 1804, despertando a denominada **"Era da Codificação"**, que conferiu ao Código Civil a natureza de verdadeira **"constituição privada"**, regulando as relações particulares, as regras sobre família, a propriedade, o estado civil, a capacidade etc. Surgia

2

CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA, CLASSIFICAÇÕES, ELEMENTOS E HISTÓRICO

2.3.6. Quanto à alterabilidade

Esse critério recebe diversas denominações pelos constitucionalistas pátrios. Além da citada *alterabilidade* (Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky [40]), encontramos: *mutabilidade* (Michel Temer; [41] Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior [42]), *estabilidade* (José Afonso da Silva [43] e Alexandre de Moraes [44]) e *consistência* (Pinto Ferreira [45]).

Em essência, deixando de lado a questão terminológica, as Constituições poderão ser **rígidas, flexíveis** (também chamadas de **plásticas** , segundo a denominação de Pinto Ferreira) [46] e **semirrígidas** (ou **semiflexíveis**). Alguns autores ainda lembram as **fixas** ou **silenciosas** , as **transitoriamente flexíveis** , as **imutáveis** (**permanentes, graníticas** ou **intocáveis**) e as **super-rígidas** .

Rígidas são aquelas Constituições que exigem, para a sua alteração (daí preferirmos a terminologia *alterabilidade*), um processo legislativo mais árduo, mais solene, mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais. Lembramos que, à exceção da Constituição de 1824 (considerada semirrígida), todas as Constituições brasileiras foram, inclusive a de 1988, rígidas!

A rigidez constitucional da CF/88 está prevista no art. 60, que, por exemplo, em seu § 2.º estabelece um *quorum* de votação de 3/5 dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais. Em contraposição, apenas para aclarar mais a situação lembrada, a votação das leis ordinárias e complementares dá-se em um único turno de votação (art. 65), com *quorum* de maioria simples (art. 47) e absoluta (art. 69), respectivamente para lei ordinária e complementar. Outra característica definidora da rigidez da CF/88 está prevista nos incisos I, II e III do art. 60, que estabelecem iniciativa restrita: *a*) de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; *b*) do Presidente da República; e *c*) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela *maioria relativa* de seus membros, enquanto a iniciativa das leis complementares e ordinárias é geral, de acordo com o art. 61. [47]

Flexível é aquela Constituição que não possui um processo legislativo de alteração mais dificultoso do que o processo legislativo de alteração das normas infraconstitucionais. Vale dizer, a dificuldade em alterar a constituição é a mesma encontrada para alterar uma lei que não é constitucional.

Nesse sentido, do ponto de vista formal, devemos observar que, em se tratando de **constituição flexível** , não existe hierarquia entre constituição e lei infraconstitucional, ou seja, uma lei infraconstitucional posterior altera texto constitucional se assim expressamente o declarar, quando for com ele incompatível, ou quando regular inteiramente a matéria de que tratava a Constituição.

Semiflexível ou **semirrígida** é aquela Constituição que é tanto rígida como flexível, ou seja, algumas matérias exigem um processo de alteração mais dificultoso do que o exigido para alteração das leis infraconstitucionais, enquanto outras não requerem tal formalidade. O exemplo sempre lembrado é o da Constituição Imperial de 1824, que, em seu art. 178, dizia: "É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias".

As **fixas** , segundo Kildare Gonçalves Carvalho, "... são aquelas que somente podem ser alteradas por um poder de competência igual àquele que as criou, isto é, o poder constituinte originário. São conhecidas como **constituições silenciosas** , porque não estabelecem, expressamente, o procedimento para sua reforma. Têm valor apenas histórico, sendo exemplos destas Constituições o Estatuto do Reino da Sardenha, de 1848, e a Carta Espanhola de 1876". [48]

Para Bulos, as **Constituições transitoriamente flexíveis** "... são as suscetíveis de reforma, com base no mesmo rito das leis comuns, mas apenas por determinado período; ultrapassado este, o documento constitucional passa a ser rígido. Nessa hipótese, o binômio rigidez/flexibilidade não coexiste simultaneamente. Apresenta-se de modo alternado...". Como exemplo, o autor lembra a Constituição de Baden de 1947 e a Carta irlandesa de 1937 durante os primeiros três anos de vigência. [49]

Imutáveis seriam aquelas Constituições inalteráveis, verdadeiras *relíquias históricas* [50] e que se pretendem eternas, sendo também denominadas **permanentes, graníticas** ou **intocáveis** .

Finalmente, segundo Alexandre de Moraes, a brasileira de 1988 seria exemplo de Constituição **super-rígida** , já que, além de possuir um processo legislativo diferenciado para a alteração de suas normas (rígida), excepcionalmente, algumas matérias apresentam-se como **imutáveis** (cláusulas pétreas, art. 60, § 4.º). [51]

Esta última classificação, contudo, **não parece ser a posição adotada**

pelo STF , que tem admitido a alteração de matérias contidas no art. 60, § 4.º, desde que a reforma não tenda a abolir os preceitos ali resguardados e dentro de uma ideia de razoabilidade e ponderação. Foi o caso da **reforma da previdência** que admitiu a **taxação dos inativos** , mitigando, assim, os direitos e garantias individuais (as situações já consolidadas das pessoas aposentadas que passaram a ser taxadas). [52]

■ 2.3.7. Quanto à sistemática (critério sistemático)

Valendo-se do **critério sistemático** , Pinto Ferreira divide as Constituições em **reduzidas** (ou **unitárias**) e **variadas** . [53]

Reduzidas seriam aquelas que se materializariam em um só código básico e sistemático, como as brasileiras (ver crítica a seguir).

Variadas seriam aquelas que se distribuiriam em vários textos e documentos esparsos, sendo formadas de várias leis constitucionais, destacando-se a belga de 1830 e a francesa de 1875.

Nesse mesmo sentido, Bonavides distingue as Constituições **codificadas** das **legais** .

Codificadas (que correspondem às *reduzidas* de Pinto Ferreira) seriam "... aquelas que se acham contidas inteiramente num só texto, com os seus princípios e disposições sistematicamente ordenados e articulados em títulos, capítulos e seções, formando em geral um único corpo de lei".

Por sua vez, as **legais** (também denominadas **Constituições escritas não formais** e que equivalem às *variadas* de Pinto Ferreira) seriam aquelas "... escritas que se apresentam esparsas ou fragmentadas em vários textos. Haja vista, a título ilustrativo, a Constituição francesa de 1875. Compreendia ela Leis Constitucionais, elaboradas em ocasiões distintas de atividade legislativa, como as leis de estabelecimento dos poderes públicos, de organização do Senado e de relações entre os poderes. Tomadas em conjunto passaram a ser designadas como a Constituição da Terceira República". [54]

A **brasileira de 1988** , em um primeiro momento, como aponta Pinto Ferreira, seria **reduzida** , **codificada** ou **unitária** .

Contudo, especialmente diante da ideia de "bloco de constitucionalidade", que será estudada no *item 6.7.1.3* , parece **caminharmos** (de maneira muito tímida, ainda) para um critério que se aproxima de Constituição **esparsa** (legal ou escrita não formal — escrita e que se apresenta fragmentada em vários textos), especialmente diante da regra contida no art. 5.º, § 3.º, que admite a constitucionalização dos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos que forem incorporados com o *quorum* e procedimento das

emendas constitucionais.

Conforme vimos, destacamos o **Decreto Legislativo n. 186/2008** que aprova o texto da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* e de seu *Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgados pelo **Decreto n. 6.949, de 25.08.2009**, tendo sido, assim, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de norma constitucional.

Ainda, existem vários artigos de **emendas constitucionais** que não foram introduzidos no "corpo" da Constituição e, permanecendo como artigo autônomo das emendas, sem dúvida, têm **natureza constitucional** e, portanto, eventual lei que contrarie artigo de emenda constitucional poderá ser declarada inconstitucional, servindo a emenda como paradigma de confronto.

Cabe alertar, contudo, que apesar dessa percepção, de modo geral, as provas de concursos vêm definindo a brasileira de 1988 como **reduzida**.

2.3.8. Quanto à dogmática

No tocante à **dogmática**, Pinto Ferreira, valendo-se do **critério ideológico** e lembrando as lições de **Paulino Jacques**, identifica tanto a Constituição **ortodoxa** como a **eclética**.

A **ortodoxa** é aquela formada por uma só ideologia, por exemplo, a soviética de 1977, hoje extinta, e as diversas Constituições da China marxista.

Por sua vez, **eclética** seria aquela formada por ideologias conciliatórias, como a brasileira de 1988 ou a da Índia de 1949.

Nessa linha, alguns autores aproximam a eclética da **compromissória**. De fato, parece possível dizer que a **brasileira de 1988 é compromissória**, assim como a portuguesa de 1976.

Nas palavras de Canotilho, "numa sociedade plural e complexa, a Constituição é sempre um produto do 'pacto' entre forças políticas e sociais. Através de 'barganha' e de 'argumentação', de 'convergência' e 'diferenças', de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um *compromisso constitucional* ou, se preferirmos, a vários 'compromissos constitucionais'. O **carácter compromissório da Constituição de 1976** representa uma **força** e não uma debilidade. Mesmo quando se tratava de 'conflitos profundos'(*deep conflict*), houve a possibilidade de se chegar a bases normativas razoáveis. Basta referir o compromisso entre o princípio liberal e o princípio socialista, o compromisso entre uma visão personalista-individual dos direitos, liberdades e garantias e uma perspectiva dialéctico-social dos direitos econômicos, sociais e culturais, o compromisso entre 'legitimidade eleitoral' e

‘legitimidade revolucionária’, o compromisso entre princípio da unidade do Estado e o princípio da autonomia regional e local, o compromisso entre democracia representativa e democracia participativa”. [55]

■ 2.3.9. Quanto à correspondência com a realidade (critério ontológico — essência)

Karl Loewenstein distinguiu as Constituições **normativas, nominalistas (nominativas** ou **nominais)** e **semânticas** . Trata-se do **critério ontológico** , que busca identificar a correspondência entre a realidade política do Estado e o texto constitucional.

Segundo Pinto Ferreira, “as *Constituições normativas* são aquelas em que o processo de poder está de tal forma disciplinado que as relações políticas e os agentes do poder subordinam-se às determinações do seu conteúdo e do seu controle procedimental. As *Constituições nominalistas* contêm disposições de limitação e controle de dominação política, sem ressonância na sistemática de processo real de poder, e com insuficiente concretização constitucional. Enfim, as *Constituições semânticas* são simples reflexos da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo”. [56]

Isso quer dizer que da **normativa** à **semântica** percebemos uma gradação de **democracia e Estado democrático de direito** para **autoritarismo** .

Enquanto nas **Constituições normativas** a pretendida limitação ao poder se implementa na prática, havendo, assim, correspondência com a realidade, nas **nominalistas** busca-se essa concretização, porém, sem sucesso, não se conseguindo uma verdadeira normatização do processo real do poder. Por sua vez, nas **semânticas** nem sequer se tem essa pretensão, buscando-se conferir legitimidade meramente formal aos detentores do poder, em seu próprio benefício.

Para Guilherme Peña de Moraes, ao tratar do constitucionalismo pátrio, **a brasileira de 1988 “pretende ser” normativa** ; as de 1824, 1891, 1934 e 1946 foram nominais (“... a Constituição é dotada de um aspecto educativo e prospectivo (...). Portanto, embora não haja concordância entre as normas constitucionais e a realidade política no presente, há a aspiração de que tal desiderato seja alcançado no futuro”). E as de 1937, 1967 e a EC n. 1/69 foram semânticas. [57]

Por sua vez, Marcelo Neves, fazendo uma releitura de Loewenstein, prefere denominar as semânticas **instrumentalistas** , já que instrumentos dos detentores do poder. Em sua opinião, o texto de 1988 seria **nominalista** , servindo como verdadeiro “álibi” para os governantes (no tocante à não

concretização de seus preceitos), ao passo que as instrumentalistas (1937, 1967 e a EC n. 1/69) aparecem como “armas” na “luta política”. [58]

2.3.10. Quanto ao sistema

Segundo *Diogo de Figueiredo Moreira Neto* , a Constituição, quanto ao **sistema** , pode ser classificada em **principiológica** ou **preceitual** .

Conforme anotou Guilherme Peña de Moraes, na **principiológica** “... predominam os **princípios** , identificados como normas constitucionais providas de alto grau de abstração, consagradores de valores, pelo que é necessária a mediação concretizadora, tal como a Constituição brasileira”.

Por seu turno, na **preceitual** “... prevalecem as **regras** , individualizadas como normas constitucionais revestidas de pouco grau de abstração, concretizadoras de princípios, pelo que é possível a aplicação coercitiva, tal como a Constituição mexicana”. [59]

2.3.11. Quanto à função

Quanto à função, as Constituições podem ser classificadas como **provisórias** ou **definitivas** .

Conforme estabelece Jorge Miranda, “chama-se de *pré-Constituição, Constituição provisória* ou, sob outra ótica, *Constituição revolucionária* ao conjunto de normas com a dupla finalidade de definição do regime de elaboração e aprovação da Constituição formal e de estruturação do poder político no interregno constitucional, a que se acrescenta a função de eliminação ou erradicação de resquícios do antigo regime. Contrapõe-se à Constituição *definitiva* ou de *duração indefinida para o futuro* como pretende ser a Constituição produto final do processo constituinte”. [60]

2.3.12. Quanto à origem de sua decretação: heterônomas (heteroconstituições) X autônomas (“autoconstituições” ou “homoconstituições”)

Quando surge um novo Estado, ou o Estado que já existia restaura-se, ou sofre radical transformação de sua estrutura, essa nova manifestação atrela-se a uma Constituição material que já vem acompanhada da Constituição formal, ou que passa a ter uma Constituição formal estabelecida em momento seguinte.

A soberania do Estado está sedimentada na Constituição material, e a Constituição formal, normalmente, provém do próprio Estado.

Contudo, de modo **incomum** , a doutrina identifica Constituições que foram decretadas de fora do Estado por outro (ou outros) Estados(s) ou por organizações internacionais.

Estamos diante daquilo que *Miguel Galvão Teles* denominou **heteroconstituição** . [61]

Conforme anota Jorge Miranda, além da **raridade** , causam certa **perplexidade** , dando como exemplo: "... algumas das Constituições, ou das primeiras Constituições, dos **países da *Commonwealth*** aprovadas por leis do Parlamento britânico (Canadá, Nova Zelândia, Austrália, Jamaica, Maurícia, etc.), a primeira Constituição da **Albânia** (obra de uma conferência internacional, de 1913) ou a Constituição **cipriota** (procedente dos acordos de Zurique, de 1960, entre a Grã-Bretanha, a Grécia e a Turquia) ou a Constituição da **Bósnia-Herzegovina** (após os chamados acordos de Dayton de 1995)", ou, ainda, no **plano puramente político** , "as Constituições surgidas por **imposição** de outros Estados: as Constituições das **Repúblicas Helvética** e **Batava** do tempo da Revolução francesa, a Constituição **espanhola** de **1808** , as **primeiras** Constituições da **Libéria** e das **Filipinas** , a Constituição **japonesa** de **1946** , as **Constituições das democracias populares do leste da Europa dos anos 40 e 50** , a **primeira** Constituição da **Guiné Equatorial** . E por imposição das Nações Unidas: as Constituições da **Namíbia** de **1990** e de **Camboja** de **1993** ". [62]

Interessante observar, conforme anota o mestre português, que "... até a independência o fundamento de validade da Constituição estava na ordem jurídica donde proveio; com a independência transfere-se para a ordem jurídica local, investida de poder constituinte. Verifica-se, pois, uma verdadeira **novação** do **ato constituinte** ou (doutro prisma) uma **deslocação da regra de reconhecimento** ; e **apenas** o **texto** que persista — correspondente a Constituição em sentido instrumental — **se liga à primitiva fonte, não o valor vinculativo das normas** ". [63]

Diante do exposto, no entanto, pode-se afirmar que as Constituições brasileiras **não são heterônomas** , na medida em que elaboradas e decretadas dentro do próprio Estado que irão reger. Podemos, assim, denominá-las, nesse sentido, Constituições **autônomas** , ou **autoconstituições** , ou, por que não **homoconstituições** (fazendo um contraponto à terminologia proposta por *Miguel Galvão Teles*).

■ 2.3.13. Constituições garantia, balanço e dirigente (Manoel Gonçalves Ferreira Filho)

A Constituição **garantia** busca garantir a liberdade, limitando o poder; a **balanço** reflete um degrau de evolução socialista e a **dirigente** estabelece um projeto de Estado (ex.: portuguesa).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "modernamente, é frequente designar a Constituição de tipo clássico de *Constituição-garantia* , pois esta visa a garantir a liberdade, limitando o poder. Tal referência se desenvolveu pela necessidade de contrapô-la à *Constituição-balanço* . Esta, conforme a doutrina soviética que se inspira em Lassalle, é a Constituição que descreve e registra a organização política estabelecida. Na verdade, segundo essa doutrina, a Constituição registraria um estágio das relações de poder. Por isso é que a URSS, quando alcançado novo estágio na marcha para o socialismo, adotaria nova Constituição, como o fez em 1924, 1936 e em 1977. Cada uma de tais Constituições faria o *balanço* do novo estágio. Hoje muito se fala em *Constituição-dirigente* . Esta seria a Constituição que estabeleceria um *plano* para dirigir uma evolução política. Ao contrário da *Constituição-balanço* que refletiria o presente (o ser), a *Constituição-programa* anunciaria um *ideal* a ser concretizado. Esta *Constituição-dirigente* se caracterizaria em consequência de *normas programáticas* (que para não caírem no vazio reclamariam a chamada *inconstitucionalidade por omissão...*). A ideia de *Constituição-dirigente* é sobremodo encarecida por juristas de inspiração marxista, como o português Canotilho, que desejam prefigurar na Constituição a implantação progressiva de um Estado socialista, primeiro, comunista, a final. Exemplo, a Constituição portuguesa de 1976". [64]

■ 2.3.14. Constituições liberais (negativas) e sociais (dirigentes) — conteúdo ideológico das Constituições (André Ramos Tavares)

André Ramos Tavares propõe outra classificação, levando em conta o conteúdo ideológico das Constituições, classificando-as em **liberais** (ou **negativas**) e **sociais** (ou **dirigentes**). [65]

Conforme afirma, "as Constituições **liberais** surgem com o triunfo da ideologia burguesa, com os ideais do liberalismo".

Nesse contexto, destacamos os direitos humanos de **1.ª dimensão** e, assim, a ideia da não intervenção do Estado, bem como a proteção das liberdades públicas. Poderíamos falar, portanto, em **Constituições negativas** (absenteísmo estatal).

Por outro lado, as Constituições **sociais** refletem um momento posterior, de necessidade da atuação estatal, consagrando a igualdade substancial, bem como os direitos sociais, também chamados de direitos de **2.ª dimensão** .

Trata-se da percepção de uma **atuação positiva** do Estado e, por isso, André Ramos Tavares aproxima as constituições sociais da ideia de **dirigismo** estatal sugerida por Canotilho.

Segundo o autor, estamos diante do **Estado do Bem Comum** . E completa:

"é bastante comum, nesse tipo de Constituição, traçar expressamente os grandes objetivos que hão de nortear a atuação governamental, impondo-os (ao menos a longo prazo)".

■ 2.3.15. Raul Machado Horta (Constituições expansivas)

Raul Machado Horta [66] inscreve a brasileira de 1988 no grupo das **Constituições expansivas** . Para o ilustre autor, "a expansividade da Constituição de 1988, em função dos temas novos e da ampliação conferida a temas permanentes, como no caso dos Direitos e Garantias Fundamentais, pode ser aferida em três planos distintos:" *conteúdo anatômico e estrutural da Constituição; comparação constitucional interna e comparação constitucional externa:*

- ■ **conteúdo anatômico e estrutural da Constituição:** destaca-se a estruturação do texto e sua divisão em títulos, capítulos, seções, subseções, artigos da parte permanente e do ADCT;

RAUL MACHADO HORTA — CONSTITUIÇÃO EXPANSIVA — CONTEÚDO ANATÔMICO E ESTRUTURAL DA CF/88

■ **Preâmbulo**

■ **Título I** — Dos Princípios Fundamentais — arts. 1.º a

4.º

- **Título II** — Dos Direitos e Garantias Fundamentais — arts. 5.º a 17
- **Título III** — Da Organização do Estado — arts. 18 a 43
- **Título IV** — Da Organização dos Poderes — arts. 44 a 135
- **Título V** — Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas — arts. 136 a 144
- **Título VI** — Da Tributação e do Orçamento

— arts. 145 a 169

■ **Título VII** — Da Ordem Econômica e Financeira — arts. 170 a 192

■ **Título VIII** — Da Ordem Social — arts. 193 a 232

■ **Título IX** — Das Disposições Constitucionais Gerais — arts. 233 a 250

■ **ADCT** — arts. 1.º a 97

■ **comparação constitucional interna:** relaciona-se a CF/88 com as Constituições brasileiras precedentes, considerando a extensão de cada uma e as suas alterações. Segundo o autor, referida *comparação interna* "... registra a dilatação da matéria constitucional e a evolução das Constituições brasileiras no tempo";

■ **comparação constitucional externa:** relaciona a Constituição brasileira com as Constituições estrangeiras mais extensas.

Dentro dessa ideia, bastante interessante a proposta defendida por Luiz Sales do Nascimento, de uma *teoria científica do direito constitucional comparado*, sugerindo que a atividade comparativa siga verdadeiro e seguro *roteiro* metodológico. [67]

■ 2.3.16. A Constituição Federal brasileira de 1988

Valendo-nos de todos os critérios classificatórios anteriormente expostos e a seguir esquematizados, podemos dizer que a Constituição brasileira de 1988 singulariza-se por ser: **promulgada**, **escrita**, **analítica**, **formal** (cf. nova

perspectiva classificatória decorrente do art. 5.º, § 3.º, introduzido pela EC n. 45/2004, sugerida no *item 2.3.4*), **dogmática** , **rígida** , **reduzida** , **eclética** , **pretende ser normativa** , **principiológica** , **definitiva** (ou de **duração indefinida para o futuro**), **garantia** , **dirigente** , **social** e **expansiva** .

- *quanto à origem:* outorgada, **promulgada** , cesarista (bonapartista) ou pactuada (dualista);
- *quanto à forma:* **escrita (instrumental)** ou costumeira (consuetudinária, não escrita);
- *quanto à extensão:* sintética (concisa, breve, sumária, sucinta, básica) ou **analítica (ampla, extensa, larga, prolixa, longa, desenvolvida, volumosa, inchada)** ;
- *quanto ao conteúdo:* **formal** ou material (tendência para um critério **misto** — EC n. 45/2004);
- *quanto ao modo de elaboração:* **dogmática (sistemática)** ou histórica;
- *quanto à alterabilidade:* **rígida** , flexível, semirrígida (semiflexível), fixa (silenciosa), transitoriamente flexível, imutável (permanente, granítica, intocável), "super-rígida";
- *quanto à sistemática (Pinto Ferreira):* **reduzida (unitária)** ou variada;
- *quanto à dogmática (Paulino Jacques):* ortodoxa ou **eclética** (destaque para o caráter **compromissório** do texto de 1988);
- *quanto à correspondência com a realidade (critério ontológico — essência — Karl Loewenstein):* **normativa (pretende ser)** , nominalista ou semântica;
- *quanto ao sistema:* **principiológica** ou preceitual;
- *quanto à função:* pré-Constituição, Constituição provisória, ou Constituição revolucionária, e Constituição **definitiva** , ou de **duração indefinida para o futuro** ;
- *quanto à origem de sua decretação:* heterônoma ("heteroconstituição") ou **autônoma** (**"autoconstituição"** ou **"homoconstituição"**);
- *Manoel Gonçalves Ferreira Filho:* **garantia** , balanço e **dirigente** ;
- *André Ramos Tavares (conteúdo ideológico das Constituições):* liberais (negativas) e **sociais (dirigentes)** ;
- *Raul Machado Horta:* **expansiva** .

2.4. ELEMENTOS DAS CONSTITUIÇÕES

Muito embora encontremos na Constituição um todo orgânico e sistematizado, as normas constitucionais estão agrupadas em títulos, capítulos e seções, com conteúdo, origem e finalidade diversos.

Esses dispositivos, trazendo valores distintos, caracterizam a natureza

polifacética da Constituição, fazendo com que a doutrina agrupe as diversas normas de acordo com a sua finalidade, surgindo, então, o que se denominou **elementos da Constituição** .

A doutrina diverge em relação aos elementos da Constituição. [68] No entanto, parece ser mais completa a identificação do Professor José Afonso da Silva, de **cinco categorias de elementos** , assim definidas: [69]

- **elementos orgânicos:** normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder. Exemplos: *a*) Título III (Da organização do Estado); *b*) Título IV (Da organização dos Poderes e do Sistema de Governo); *c*) Capítulos II e III do Título V (Das Forças Armadas e da segurança pública); *d*) Título VI (Da Tributação e do Orçamento);
- **elementos limitativos:** manifestam-se nas normas que compõem o elenco dos direitos e garantias fundamentais (direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos), limitando a atuação dos poderes estatais. Exemplo: Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), excetuando o Capítulo II do referido Título II (Dos Direitos Sociais), estes últimos definidos como elementos socioideológicos;
- **elementos socioideológicos:** revelam o compromisso da Constituição entre o Estado individualista e o Estado social, intervencionista. Exemplos: *a*) Capítulo II do Título II (Dos Direitos Sociais); *b*) Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira); *c*) Título VIII (Da Ordem Social);
- **elementos de estabilização constitucional:** consubstanciados nas normas constitucionais destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas. Constituem instrumentos de defesa do Estado e buscam garantir a paz social. Exemplos: *a*) art. 102, I, "a" (ação de inconstitucionalidade); *b*) arts. 34 a 36 (Da intervenção nos Estados e Municípios); *c*) arts. 59, I, e 60 (Processos de emendas à Constituição); *d*) arts. 102 e 103 (Jurisdição constitucional); *e*) Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, especialmente o Capítulo I, que trata do estado de defesa e do estado de sítio, já que os Capítulos II e III do Título V caracterizam-se como elementos orgânicos);
- **elementos formais de aplicabilidade:** encontram-se nas normas que estabelecem regras de aplicação das Constituições. Exemplos: *a*) preâmbulo; *b*) disposições constitucionais transitórias; *c*) art. 5.º, § 1.º, quando estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

2.5. HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS [70] [71] [72] [73]

[74] [75]

CONSTITUIÇÃO	SURGIMEN
1824	25.03.182
1891	24.02.189
1934	16.07.193
1937	10.11.193
1946	18.09.194
1967	24.01.196
EC n. 1/196974	17.10.196
1988	05.10.198

■ 2.5.1. Constituição de 1824

Em 1808, tendo em vista a ocupação das terras portuguesas pelas tropas napoleônicas, a Família Real Portuguesa se transfere para o Brasil, passando a colônia brasileira a ser designada *Reino Unido a Portugal e Algarves* .

Em seguida, em decorrência da *Revolução do Porto* e por exigência dos nobres portugueses, o Rei Dom João VI, rei de Portugal, retorna a Lisboa em abril de 1821, deixando no Brasil D. Pedro de Alcântara, Príncipe Real do Reino Unido e Regente brasileiro (seu filho com a imperatriz D. Carlota Joaquina).

Esses acontecimentos, sem dúvida, contribuíram para a intensificação dos movimentos pela independência do Brasil, sendo que, em 9 de janeiro de 1822, desrespeitando ordem da Corte portuguesa, que exigia seu retorno imediato na tentativa de efetivar a recolonização brasileira, D. Pedro I, tendo recebido diversas assinaturas coletadas pelos "liberais radicais", disse: "Se é para o bem de todos e felicidade geral da Nação, estou pronto! Digam ao povo que fico" (**"Dia do Fico"**).

Após ter declarado a Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, Dom Pedro I convoca, em 1823, uma *Assembleia Geral Constituinte e Legislativa* , com **ideais marcadamente liberais** , que, contudo, vem a ser dissolvida, arbitrariamente, tendo em vista a existência de divergências com os seus ideais e pretensões autoritários.

Em substituição (da Assembleia Constituinte), D. Pedro I cria um *Conselho de Estado* para tratar dos "negócios de maior monta" e elaborar um novo projeto em total consonância com a sua vontade de "Majestade Imperial".

A Constituição Política do Império do Brasil foi **outorgada** em 25 de março de 1824 e foi, dentre todas, **a que durou mais tempo** , tendo sofrido considerável influência da francesa de 1814. Foi marcada por forte **centralismo administrativo e político** , tendo em vista a figura do **Poder Moderador** , constitucionalizado, e também por **unitarismo** e **absolutismo** .

Algumas importantes características do texto de 1824 podem ser destacadas:

- **Governo:** monárquico, hereditário, constitucional e representativo. Tratava-se de forma **unitária de Estado** , com nítida centralização político-administrativa.
- **Território:** as antigas capitanias hereditárias foram transformadas em **províncias** , que, por sua vez, poderiam ser subdivididas. As províncias eram subordinadas ao Poder Central e tinham um "Presidente", nomeado pelo Imperador e que poderia ser removido a qualquer tempo (*ad nutum*) em nome do "bom serviço do Estado".

■ **Dinastia imperante:** a do Senhor D. Pedro I, Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil. Durante o Império tivemos, também, a dinastia de D. Pedro II.

■ **Religião Oficial do Império:** Católica Apostólica Romana. Todas as outras religiões eram permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, não podendo, contudo, ter qualquer manifestação externa de templo.

■ **Capital do Império brasileiro:** a cidade do **Rio de Janeiro** foi a capital do Império brasileiro de 1822 a 1889. Com o Ato Adicional n. 16, de 12.08.1834, a cidade do Rio de Janeiro foi transformada em **Município Neutro** ou **Município da Corte** , entidade territorial para a sede da Monarquia. O Município Neutro apresentava importante característica: "o relacionamento direto com o poder central, ao invés da submissão ao poder da Província do Rio de Janeiro". [76]

■ **Organização dos "Poderes":** seguindo as ideias de Benjamin Constant, não se adotou a separação tripartida de Montesquieu. Isso porque, além das funções legislativa, executiva e judiciária, estabeleceu-se a função **moderadora** .

■ **Poder Legislativo:** exercido pela **Assembleia Geral** , com a sanção do Imperador, que era composta de duas Câmaras: **Câmara de Deputados** e **Câmara de Senadores** , ou **Senado** . A Câmara dos Deputados era eletiva e temporária; a de Senadores, vitalícia, sendo os seus membros nomeados pelo Imperador dentre uma lista tríplice enviada pela Província.

■ **Eleições para o Legislativo:** indiretas.

■ **Sufrágio:** censitário, ou seja, baseava-se em determinadas condições econômico-financeiras de seus titulares (para votar e ser votado).

■ **Poder Executivo:** a função executiva era exercida pelo **Imperador** , Chefe do Poder Executivo, por intermédio de seus Ministros de Estado. Em um primeiro momento, para continuar no poder, os Ministros não dependiam da confiança do Parlamento.

Contudo, a partir da abdicação do trono por D. Pedro I, em 7 de abril de 1831, na fase da Regência (que durou 9 anos, durante a menoridade de D. Pedro II, que contava com 5 anos de idade, tendo existido 4 Regências) e, em seguida, graças ao espírito moderado de D. Pedro II, o segundo Imperador do Brasil, que assumiu o trono aos 15 anos de idade, em 18 de julho de 1841, contribuiu para a paulatina instituição do **parlamentarismo monárquico no Brasil** durante o Segundo Reinado. [77]

O parlamentarismo se consolidou com a criação do cargo de *Presidente do Conselho de Ministros* pelo Decreto n. 523, de 20.07.1847, conforme o qual

D. Pedro II escolhia o Presidente do Conselho e este, por sua vez, escolhia os demais ministros, que deveriam ter a confiança dos Deputados e do Imperador, sob pena de ser dissolvido (alguns chegam a denominá-lo um "parlamentarismo às avessas", já que o Presidente do Conselho, que equivaleria ao Primeiro-Ministro da Inglaterra, era escolhido pelo Imperador e portanto a este subordinado, e não ao Parlamento).

- **Poder Judiciário:** o denominado "Poder Judicial" era independente e composto de **juízes** e **jurados**. Os juízes aplicavam a lei; os jurados se pronunciavam sobre os fatos. Aos juízes de direito era assegurada a vitaliciedade ("os juízes de direito serão perpétuos", só podendo perder o "lugar" por sentença), não se lhes assegurando, contudo, a inamovibilidade. O Imperador podia suspendê-los por queixas que lhes eram feitas. Para julgar as causas em segunda e última instância, nas Províncias do Império, foram criadas as **"Relações"**. Na Capital do Império foi estabelecido, como órgão de cúpula do Judiciário, o **Supremo Tribunal de Justiça**, composto de juízes togados, provenientes das "Relações" das Províncias e pelo critério da antiguidade.

- **Poder Moderador:** sem dúvida, foi o "mecanismo" que serviu para assegurar a **estabilidade do trono** do Imperador durante o reinado no Brasil.

Afonso Arinos destaca que o criador da ideia de Poder Moderador, **Benjamin Constant**, sofreu forte influência de **Clermont Tonerre**.

Como relata, Benjamim Constant definia o Poder Moderador, por ele chamado de **"Poder Real"**, como "*la clef de toute organisation politique*", frase esta consagrada no art. 98 da Constituição de 1824: "**o Poder Moderador é a chave de toda a organização Política**, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos". [78]

Muita discussão houve sobre o Poder Moderador, especialmente em razão da tradução do termo "*clef*", ou seja, significando **"fecho"** para alguns ou **"chave"** para outros, este último como consta do art. 98 da Constituição de 1824.

Para os **liberais**, a melhor tradução seria **"fecho"**, no sentido de "apoio e coordenação" em relação aos demais Poderes. Para os **conservadores**, a tradução mais adequada seria **"chave"**, dando a ideia de possibilidade de "abrir qualquer porta", tendo em vista as constantes "intervenções" e "imposições" do Poder Moderador sobre os demais Poderes. [79]

Assim, na prática, parece que a tradução "chave" refletiu a constante

interferência do Poder Moderador sobre os demais Poderes e o significado de Imperador, que recebeu os Títulos de “Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil”, tendo o tratamento de “Majestade Imperial” e sendo a sua pessoa inviolável e sagrada, não estando sujeita a responsabilidade alguma (irresponsabilidade total do Estado — “ *the king can do no wrong* ” — “o rei não erra”).

O **Imperador** , que exercia o **Poder Moderador** , no âmbito do **Legislativo** , nomeava os Senadores, convocava a Assembleia Geral extraordinariamente, sancionava e vetava proposições do Legislativo, dissolvia a Câmara dos Deputados, convocando imediatamente outra, que a substituía. No âmbito do **Executivo** , nomeava e demitia livremente os Ministros de Estado. E, por fim, no âmbito do **Judiciário** , suspendia os Magistrados.

■ **Tentativa frustrada de se instalar o Estado Federativo durante o Império:** a Regência permanente, em nome do Imperador D. Pedro II, tendo em vista os poderes de reforma atribuídos pela Lei de 12.10.1832, nos termos do art. 1.º da Lei n. 16, de 12.08.1834 **(Ato Adicional)** , criou as chamadas “Assembleias Legislativas Provinciais”, com considerável autonomia. Contudo, contrariamente ao interesse de determinados segmentos, não se conseguiu acabar com o Poder Moderador, nem com o absolutismo reinante, especialmente a partir do advento da Lei n. 105, de 12.05.1840, chamada “Lei de Interpretação”, que restabeleceu, fortemente, a ideia centralizadora e a figura do Poder Moderador.

■ **Insurreições populares:** durante o Império diversos movimentos populares eclodiram seja por causas separatistas, seja por melhores condições sociais, destacando-se:

a) Cabanagem (no Pará, 1835);

b) Farroupilha (no Rio Grande do Sul, 1835);

c) Sabinada (na Bahia, 1837);

d) Balaiada (no Maranhão, 1838);

e) Revolução Praieira (em Pernambuco, 1848).

■ **Constituição semirrígida:** nos termos do art. 178, conforme já estudamos, no tocante à classificação das Constituições quanto à *alterabilidade* , algumas normas, para serem alteradas, necessitavam de um procedimento mais árduo, mais solene e mais dificultoso; outras, entretanto, eram alteradas por um processo legislativo ordinário, sem qualquer formalidade.

■ **Liberdades públicas:** por forte influência das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), configurando a ideia de **constitucionalismo liberal** , [80] a Constituição de 1824 continha importante rol de Direitos

Civis e Políticos. Sem dúvida influenciou as **declarações de direitos e garantias** das Constituições que se seguiram.

Não podemos, contudo, deixar de **execrar** a triste manutenção da escravidão, por força do regime que se baseava na "monocultura latifundiária e escravocrata", [81] como mancha do regime até 13 de maio de 1888, data de sua abolição, quando da assinatura da **Lei Áurea** pela Princesa Isabel. [82]

Muito embora não prevista a garantia do *habeas corpus* , cabe lembrar que o *Decreto n. 114, de 23.05.1821* , alvará de D. Pedro I, antes do texto, já proibia prisões arbitrárias. A Constituição de 1824, por si, tutelou a liberdade de locomoção (art. 179, VI, VIII e IX) e também vedou qualquer hipótese de prisão arbitrária.

Foi somente a partir do *Código Criminal* de 16.12.1830 (arts. 183 a 188) que se passou a estabelecer a garantia do *habeas corpus* , regra prevista, também, no *Código de Processo Criminal de Primeira Instância* (Lei n. 127, de 29.11.1832, arts. 340 a 345) e no art. 18 da *Lei n. 2.033, de 20.09.1871* (que assegurou a impetração também por estrangeiros).

A garantia do "HC", como se verá, constitucionaliza-se somente no texto de 1891.

■ 2.5.2. Decreto n. 1, de 15.11.1889 — primeiro Governo Provisório da República

A partir de 1860, começa-se a perceber um enfraquecimento da Monarquia. Em 1868, durante a *Guerra do Paraguai* , os militares passam a nutrir um forte sentimento de descontentamento com a Monarquia, sentimento esse que se intensificou em razão da candente "marginalização política" e redução do orçamento e efetivo militares.

O *Manifesto do Centro Liberal* (1869) e o *Manifesto Republicano* (1870) também contribuíram para abalar a Monarquia, atacando a vitaliciedade dos Senadores e o papel do Conselho de Estado.

Em 1874 tivemos fortes entraves entre a Igreja Católica e a Monarquia.

Nesse contexto, "desmoronando" as "colunas de apoio" ao Império, em 15 de novembro de 1889, a República é proclamada pelo Marechal Deodoro da Fonseca, afastando-se do poder D. Pedro II e toda a dinastia de Bragança, sem ter havido muita movimentação popular. Isso porque, como visto, tratava-se mais de um golpe de Estado militar e armado do que de qualquer movimento do povo. A República nascia, assim, sem legitimidade.

Consequentemente, as Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, passam a constituir os **Estados Unidos do Brasil** .

Entre 1889 e 1891 se instala no Brasil o **Governo Provisório** (Dec. n. 1, de 15.11.1889, redigido por Rui Barbosa), presidido por Deodoro da Fonseca e que tinha a importante missão de consolidar o novo regime e promulgar a primeira Constituição da República.

Nos termos do art. 10 do Decreto Presidencial n. 1, de 15 de novembro de 1889, "o território do Município Neutro fica provisoriamente sob a administração imediata do Governo Provisório da República, e a cidade do Rio de Janeiro constituída, também provisoriamente, sede do poder federal".

■ 2.5.3. Constituição de 1891

A Assembleia Constituinte foi eleita em 1890. Em 24 de fevereiro de 1891, a **primeira Constituição da República do Brasil** (a segunda do constitucionalismo pátrio) é promulgada, sofrendo pequena reforma em 1926 e vigorando até 1930.

A Constituição de 1891 teve por Relator o Senador **Rui Barbosa** e sofreu forte influência da Constituição norte-americana de 1787, consagrando o sistema de governo **presidencialista** , a forma de Estado **Federal** , abandonando o unitarismo e a forma de governo **republicana** em substituição à monárquica.

■ **Forma de Governo e regime representativo:** nos termos do art. 1.º da Constituição de 1891, a Nação brasileira adotou, como forma de Governo, sob o **regime representativo** , a **República Federativa** , proclamada em 15 de novembro de 1889. Declarou, ainda, a **união perpétua** e **indissolúvel** das antigas Províncias, transformando-as em Estados Unidos do Brasil e vedando, assim, a possibilidade de secessão (qual seja, separação, segregação do pacto federativo).

■ **Distrito Federal — Capital do Brasil, tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro:** nos termos do art. 2.º da Constituição de 1891, o antigo Município Neutro (Rio de Janeiro, que era a sede do Poder Central do Império) foi transformado em **Distrito Federal** , continuando a ser a **Capital da União** , enquanto não cumprida a determinação contida no art. 3.º da Constituição de 1891, com a seguinte previsão: "fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital Federal. Efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado".

Nesse sentido, o art. 1.º da primeira Lei Orgânica do DF, a Lei n. 85, de 20 de setembro de 1892, manteve a natureza "municipal" da capital do País (o Distrito Federal), ao estabelecer: "o Distrito Federal compreende o território do antigo Município Neutro, tem por sede a cidade do Rio de Janeiro e continua constituído em Município". [83]

- **Não há mais religião oficial:** o Brasil, nos termos do que já havia sido estabelecido pelo *Decreto n. 119-A, de 07.01.1890*, constitucionaliza-se como um país leigo, laico ou não confessional. Retiraram-se os efeitos civis do casamento religioso. Os cemitérios, que eram controlados pela Igreja, passaram a ser administrados pela autoridade municipal. Houve proibição do ensino religioso nas escolas públicas. Não se invocou, no preâmbulo da Constituição, a expressão "sob a proteção de Deus" para a sua promulgação.

Lembramos, por fim, que nos termos do art. 4.º do Decreto n. 119-A, de 07.01.1890, já havia sido extinto o **padroado** (direito que o Imperador tinha de intervir nas nomeações dos bispos, bem como nos cargos e benefícios eclesiásticos), com todas as suas instituições, recursos e prerrogativas.

Como não havia mais religião oficial, naturalmente também, com o texto de 1891, ficou extinta a concessão ou negativa de **beneplácito régio** aos Decretos dos Concílios e Letras Apostólicas e quaisquer outras Constituições Eclesiásticas (ou seja, a aprovação estatal dos aludidos documentos para a vigência interna, não existindo mais nos termos do art. 102, XIV, da Constituição de 1824).

Ainda, em igual sentido, o fato de o Estado ter-se separado da Igreja determinou a extinção do **recurso à Coroa** para atacar as decisões dos Tribunais Eclesiásticos.

- **Organização dos "Poderes":** o Poder Moderador foi extinto, adotando-se a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de "Poderes". Nesses termos, o art. 15 da Constituição de 1891 estabeleceu: "são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si".

- **Poder Legislativo:** o Poder Legislativo federal era exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, sendo este composto por dois "ramos", ou Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Fixava-se, assim, o **"bicameralismo federativo"**.

A Câmara dos Deputados era composta de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante **sufrágio direto**, garantida a representação da minoria. Cada Deputado exercia mandato de **3 anos**.

Já o Senado Federal representava os Estados e o Distrito Federal, sendo eleitos 3 Senadores por Estado e 3 pelo Distrito Federal, eleitos do mesmo modo que os Deputados, para mandato de **9 anos**, renovando-se o Senado pelo terço trienalmente (ou seja, 1 a cada 3 anos, já que o mandato era de 9 anos e junto com as eleições para Deputados, que tinham mandato de 3 anos).

O Poder Legislativo também foi estabelecido em âmbito estadual. Alguns

Estados, curiosamente, possuíam duas Casas, caracterizando-se, assim, a ideia de **bicameralismo estadual** , como podia ser percebido em São Paulo e Pernambuco, que tinham, além da Câmara dos Deputados (Estaduais), um Senado Estadual.

■ **Poder Executivo:** exercido pelo Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação, era eleito junto com o Vice-Presidente por **sufrágio direto** da Nação, para mandato de 4 anos, não podendo ser reeleito para um período subsequente.

Cabe alertar, contudo, nos termos do art. 1.º das Disposições Transitórias da Constituição de 1891, muito embora a previsão e conquista das **eleições diretas** , que a primeira eleição da República foi **indireta** , pelo Congresso Nacional, elegendo-se o Presidente *Marechal Deodoro da Fonseca* e o Vice-Presidente dos Estados Unidos do Brasil *Marechal Floriano Peixoto* . [84]

O Presidente da República era auxiliado pelos Ministros de Estado, agentes de sua confiança que lhe subscreviam os atos e eram nomeados e demitidos livremente (*ad nutum*).

Interessante notar que alguns Estados designavam o seu Executivo local como "presidente", enquanto outros, como "governador". Assim, era possível perceber a figura de "presidentes estaduais" exercendo o Executivo local.

■ **Poder Judiciário:** o órgão máximo do Judiciário passou a chamar-se **Supremo Tribunal Federal** , composto de 15 "Juízes". Estabeleceu-se a hipótese dos crimes de responsabilidade. Houve expressa previsão da garantia da vitaliciedade para os Juízes Federais (art. 57) e para os membros do Supremo Tribunal Militar (art. 77, § 1.º). Para os Juízes Federais, houve expressa previsão da garantia da irredutibilidade de "vencimentos" (art. 57, § 1.º).

A **Justiça Federal** foi mantida na Constituição. Cabe lembrar que o **Decreto n. 848, de 11.10.1890** , por inspiração do modelo norte-americano da Constituição de 1789 (lembrando, ainda, o suíço de 1874 e o argentino, nos termos das Leis de 1882 e 1883), já havia criado a Justiça Federal no Brasil, exercida por um **Supremo Tribunal Federal** e por juízes inferiores intitulados **Juízes de Secção** .

■ **Constituição rígida:** nos termos do art. 90 estabeleceu-se um processo de alteração da Constituição mais árduo e mais solene do que o processo de alteração das demais espécies normativas. Assim, perde sentido a anterior distinção que era feita no texto de 1824 entre norma material e formalmente constitucional. Estabeleceu-se, como cláusula pétrea, a **forma republicano-federativa** e a **igualdade da representação dos Estados no Senado** .

■ **Declaração de direitos:** a declaração de direitos foi aprimorada, abolindo-se a pena de galés (que já havia sido extinta pelo Dec. n. 774, de 20.09.1890), [85] a de banimento e a de morte, ressalvadas, neste último caso, as disposições da legislação militar em tempo de guerra. [86] Houve prevalência de proteção às clássicas liberdades privadas, civis e políticas, não se percebendo a previsão de direitos dos trabalhadores nos termos do que vai ser sentido no texto de 1934.

No tocante às **garantias constitucionais** , na Constituição de 1891 houve expressa previsão, pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, do remédio constitucional do ***habeas corpus*** .

Muito embora não prevista a garantia do *habeas corpus* no texto de 1824, cabe lembrar que o *Decreto n. 114, de 23.05.1821* , alvará de D. Pedro I, proibia prisões arbitrárias; a Constituição de 1824, por si, tutelou a liberdade de locomoção (art. 179, VI, VIII e IX) e vedou a prisão arbitrária; já a partir do *Código Criminal* de 16.12.1830 (arts. 183 a 188), passou-se a estabelecer a garantia do *habeas corpus* , regra prevista também no *Código de Processo Criminal de Primeira Instância* , Lei n. 127, de 29.11.1832 (arts. 340 a 345) e no art. 18 da Lei n. 2.033, de 20.09.1871 (que assegurou a impetração também por estrangeiros).

Em 03.09.1926 foi editada Emenda n. 1 à Constituição de 1891, limitando a chamada "teoria brasileira do *habeas corpus* " e restringindo o remédio constitucional do *habeas corpus* exclusivamente à **liberdade de locomoção** .

■ **Reforma de 03.09.1926:** houve centralização do poder, restringindo a autonomia dos Estados. Segundo Celso Bastos, a Reforma de 1926 foi "... marcada por uma conotação nitidamente racionalista, autoritária, introduzindo alterações no instituto da intervenção da União nos Estados, no Poder Legislativo, no processo legislativo, no fortalecimento do Executivo, nos direitos e garantias individuais e na Justiça Federal". Isso tudo vai diminuir a sua "longevidade", especialmente em razão do movimento armado de 1930, que pôs fim ao período chamado de "Primeira República". [87]

■ 2.5.4. A Revolução de 1930 — segundo Governo Provisório da República

A chamada *República Velha* tem o seu fim com a *Revolução de 1930* , que instituiu o Governo Provisório nos termos do **Decreto n. 19.398, de 11.11.1930** , levando Getulio Vargas ao poder. [88]

Barroso aponta dois aspectos mais graves a ensejar a ruína da República Velha: o **domínio das oligarquias** e a **fraude eleitoral institucionalizada** .

Lembra, ainda, a **grave crise econômico-financeira de 1929** ("Grande Depressão"), uma **pequena burguesia** em ascensão, o ***Tenentismo*** (movimento contra o regime oligárquico que dirigia o Brasil) e o surgimento de uma **classe operária** descontente em razão do processo de industrialização estimulado pela Primeira Guerra. [89]

Um outro episódio também contribuiu para a mobilização da oposição em prol da Revolução de 30, qual seja, o **assassinato de João Pessoa** , em 26 de julho de 1930, que deflagrou o **movimento militar** iniciado no Rio Grande do Sul.

Nesse contexto, em 1930 uma Junta Militar transfere o poder para um **Governo Provisório** , que o exerceria até a promulgação do texto de 1934, motivada (a promulgação do texto democrático) por alguns elementos de pressão e contestação aos métodos arbitrários empregados, como o marcante papel da *Revolução Constitucionalista de São Paulo* , de 9 de julho de 1932. [90]

Nos termos do art. 1.º do Decreto n. 19.398/30, cabia ao Governo Provisório exercer, discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições não só do **Poder Executivo** como também do **Poder Legislativo** , até que, eleita a Assembleia Constituinte, se estabelecesse a reorganização constitucional do País.

O art. 2.º do aludido Decreto confirmava a dissolução do Congresso Nacional, das atuais Assembleias Legislativas dos Estados (quaisquer que sejam as suas denominações), Câmaras ou Assembleias Municipais e quaisquer outros órgãos legislativos ou deliberativos existentes nos Estados, nos Municípios, no Distrito Federal ou Território do Acre, e dissolvidos os que ainda o não tivessem sido de fato.

Nos termos do art. 11, foi nomeado um **interventor** para cada Estado, havendo controle, também, sobre os Municípios.

A função legislativa, concentrada no Governo Provisório, conforme visto, era exercida por **decretos** expedidos pelo Chefe do Governo e subscritos pelo ministro respectivo (art. 17).

Como ponto positivo, em 1932 Getulio Vargas decretou o importante **Código Eleitoral** (Dec. n. 21.076, de 24.02.1932), que instituiu a Justiça Eleitoral, trazendo, assim, garantias contra a política anterior, que "sepultou" a Primeira República, retirando a atribuição de proclamar os eleitos das assembleias políticas, e, ainda, adotou o **voto feminino** [91] e o **sufrágio universal, direto e secreto** .

Conforme visto, esse segundo Governo Provisório da República durou até o advento da Constituição de 1934, promulgada em 16.07.1934.

■ 2.5.5. Constituição de 1934

A crise econômica de 1929, como referido, bem como os diversos movimentos sociais por melhores condições de trabalho, sem dúvida, influenciaram a promulgação do texto de 1934, abalando, assim, os ideais do liberalismo econômico e da democracia liberal da Constituição de 1891.

Por isso é que a doutrina afirma, com tranquilidade, que o texto de 1934 sofreu forte influência da **Constituição de Weimar** da Alemanha de 1919, evidenciando, assim, os **direitos humanos de 2.ª geração ou dimensão** e a perspectiva de um **Estado social de direito** (democracia social).

Há influência, também, do **fascismo** , já que o texto estabeleceu, como se verá abaixo, além do voto direto para a escolha dos Deputados, a modalidade indireta, por intermédio da chamada **"representação classista"** do Parlamento.

Dentro do constitucionalismo pátrio, o texto de 1934 teve curtíssima duração, sendo abolido pelo golpe de 1937.

Foram mantidos alguns princípios fundamentais, como a República, a Federação, a tripartição de Poderes, o presidencialismo e o regime representativo, destacando-se as seguintes características:

> ■ **Forma de Governo e regime representativo:** nos termos do art. 1.º, a Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime **representativo** , a **República federativa** proclamada em 15 de novembro de 1889.

Os poderes da União foram consideravelmente aumentados, discriminando-se as rendas tributárias entre União, Estados e Municípios.

> ■ **Capital da República — Distrito Federal — tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro:** o Distrito Federal, administrado por um Prefeito, foi mantido, com sede na cidade do Rio de Janeiro, como Capital da República. Nos termos do art. 4.º das disposições transitórias, havia a previsão de transferência da Capital da União para um ponto central do Brasil. O Presidente da República, logo que a Constituição entrasse em vigor, nomearia uma Comissão que, sob instruções do Governo, procederia a estudos de várias localidades adequadas à instalação da Capital. Concluídos tais estudos, os resultados seriam apresentados à Câmara dos Deputados, que escolheria o local e tomaria, sem perda de tempo, as providências necessárias à mudança. Efetuada esta, o Distrito Federal passaria a constituir um Estado.

Nos termos do art. 5.º, XVI, a União editou a Lei n. 196, de 18.01.1936, a segunda Lei Orgânica do Distrito Federal, fixando amplo regime de autonomia para o DF, elevando-o à condição de "supermunicípio", conforme o art. 1.º da referida lei, que aproximava o DF dos Estados.

- **Mantida a inexistência de religião oficial:** o País continua leigo, laico ou não confessional, sendo inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre-exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes.

Amenizando o "sentimento" antirreligião do texto de 1891, nos termos do art. 146, passou-se a admitir o **casamento religioso com efeitos civis** , nos seguintes termos: "o casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil". Ainda, nos termos do art. 153, **facultou-se o ensino religioso nas escolas públicas** .

Finalmente, destaca-se a previsão de **"Deus"** no preâmbulo.

- **Organização dos "Poderes":** a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de "Poderes" foi mantida. Nos termos do art. 3.º, são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

- **Poder Legislativo:** era exercido pela Câmara dos Deputados com a **colaboração** do Senado Federal. Rompia-se, assim, com o princípio do **bicameralismo rígido** ou **paritário** , no qual as duas Casas exercem funções básicas idênticas. Estabelecia-se, por consequência, um **bicameralismo desigual** , também chamado pela doutrina de **unicameralismo imperfeito** , já que, como visto, o SF era mero colaborador da CD. [92]

O mandato dos Deputados era de 4 anos. A Câmara dos Deputados compunha-se de representantes do povo, eleitos mediante **sistema proporcional** e **sufrágio universal** , igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicasse **(representação corporativa de influência fascista)** . [93]

Já em relação ao **Senado Federal** , nos termos do art. 41, § 3.º, a competência legislativa se reduzia às matérias relacionadas à Federação, como a iniciativa das leis sobre a intervenção federal e, em geral, das que interessassem determinadamente a um ou mais Estados.

Conforme o art. 89, o Senado Federal era composto de dois representantes de cada Estado e o do Distrito Federal, eleitos mediante sufrágio universal, igual e direto, por **8 anos** , dentre brasileiros natos, alistados eleitores e maiores de 35 anos, sendo que a representação de cada Estado e do Distrito Federal, no Senado, renovava-se pela metade, conjuntamente com

a eleição da Câmara dos Deputados.

Por fim, conforme o art. 88, cabia ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, a incumbência de promover a coordenação dos Poderes federais entre si, [94] manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência.

■ **Poder Executivo:** exercido pelo Presidente da República, eleito junto com o vice por sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos para mandato de 4 anos, vedada a reeleição. O Presidente da República seria auxiliado pelos Ministros de Estado, que passaram a ter responsabilidade pessoal e solidária com o Presidente.

■ **Poder Judiciário:** foram estabelecidos como órgãos do Poder Judiciário: *a)* a Corte Suprema; *b)* os Juízes e Tribunais federais; *c)* os Juízes e Tribunais militares; *d)* os Juízes e Tribunais eleitorais, estabelecendo-se aos juízes as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de "vencimentos". A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compunha-se de 11 Ministros.

■ **Constituição rígida:** nos termos do art. 178, *caput* , "a Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1.º a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II, III e IV do Título I; o Capítulo V do Título I; o Título II; o Título III; e os arts. 175, 177, 181, este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário". O art. 178, § 5.º, fixou, como cláusula pétrea, a forma republicana federativa.

■ **Declaração de direitos:** nos termos do art. 108, constitucionaliza-se o **voto feminino** , com valor igual ao masculino, conforme já havia sido previsto no art. 2.º do Código Eleitoral de 1932 (Dec. n. 21.076, de 24.02.1932). Outra garantia foi a constitucionalização do **voto secreto** (também chamado de **"voto australiano"** por ter surgido, pela primeira vez, na Austrália, em 1856), que já havia sido assegurada pelo Código Eleitoral de 1932.

Vários direitos clássicos são mantidos. Inovando, em razão do caráter social da Constituição, são destacados novos títulos, como o da ordem econômica e social (Título IV), da família, educação e cultura (Título V) e da segurança nacional (Título VI).

Prestigiam-se, assim, a legislação trabalhista e a representação classista.

Dentre as novidades dos remédios constitucionais, destacamos a previsão, pela primeira vez, do **mandado de segurança** (art. 113, n. 33) e da **ação popular** (art. 113, n. 38). [95]

2.5.6. Constituição de 1937

Getulio Vargas foi eleito e empossado para governar de 1934 até 1938. Contudo, durante esse período, um forte antagonismo foi percebido entre a **direita fascista** de um lado (destacando-se a *Ação Integralista Brasileira — AIB*), defendendo um Estado **autoritário** , e o **movimento de esquerda** de outro, destacando ideais socialistas, comunistas e sindicais (em especial a formação, em 1935, da *Aliança Nacional Libertadora — ANL*).

▪ direita fascista ▪ Estado autoritário ▪ Ação Integralista Brasileira — AIB	X	▪ movimento de esquerda ▪ ideais socialistas, comunistas e sindicais ▪ Aliança Nacional Libertadora — ANL

Em 11 de julho de 1935, o Governo fechou a Aliança Nacional Libertadora — ANL, considerando-a ilegal com base na “Lei de Segurança

Nacional", cujo estopim da crise foi o manifesto lançado por Luís Carlos Prestes.

Em razão da **Intentona Comunista** (novembro de 1935 — Natal, Recife e Rio de Janeiro — insurreição político-militar que contava com o apoio do Partido Comunista Brasileiro e de ex-tenentes — agora militares comunistas —, e que tinha o objetivo de derrubar Getulio Vargas e instalar o socialismo no Brasil), o **estado de sítio** foi decretado pelo Governo e se deflagrou um forte movimento de repressão ao comunismo, inclusive com o apoio da famigerada "Polícia Especial".

Getulio Vargas e o Governo tiveram o apoio do Congresso Nacional, que decretou o **"estado de guerra"** .

Em 30 de setembro de 1937, os jornais noticiaram que o Estado-Maior do Exército havia descoberto um plano comunista para a tomada do Poder **("Plano Cohen")** . Este foi o "estopim" para que o Governo decretasse o golpe como suposta "salvação" contra o comunismo que parecia "assolar" o País.

Tendo o apoio dos Generais Góis Monteiro (Chefe do Estado-Maior do Exército) e Eurico Gaspar Dutra (Ministro da Guerra), bem como diante de uma nova decretação de "estado de guerra" pelo Congresso Nacional, em 10 de novembro de 1937 Getulio Vargas dá o golpe ditatorial, centralizando o poder e fechando o Congresso Nacional.

Era o início do que **Vargas** intitulou de **"nascer da nova era"** , outorgando-se a Constituição de 1937, influenciada por ideais **autoritários** e **fascistas** , instalando a **ditadura** ("Estado Novo"), que só teria fim com a redemocratização pelo texto de 1945, e se declarando, em todo o País, o **estado de emergência** .

A **Carta de 1937** , elaborada por **Francisco Campos** , foi apelidada de **"Polaca"** em razão da influência sofrida pela Constituição polonesa fascista de 1935, imposta pelo *Marechal Josef Pilsudski* . Deveria ter sido submetida a plebiscito nacional, nos termos de seu art. 187, o que nunca aconteceu.

Além de fechar o Parlamento, o Governo manteve amplo domínio do Judiciário. A Federação foi abalada pela nomeação dos interventores. Os direitos fundamentais foram enfraquecidos, especialmente em razão da atividade desenvolvida pela "Polícia Especial" e pelo "DIP — Departamento de Imprensa e Propaganda". Para piorar, pelo Decreto-lei n. 37, de 02.12.1937, os partidos políticos foram dissolvidos.

Apesar do regime extremamente autoritário, na medida em que o Estado, centralizador, atuava diretamente na economia, não se pode negar o seu importante crescimento nesse setor.

Buscando atrair o apoio popular, a política desenvolvida foi denominada

“populista”, consolidando-se as Leis do Trabalho (CLT) e importantes direitos sociais, como o salário mínimo.

Algumas características, então, podem ser esquematizadas:

■ **Forma de Governo:** nos termos do art. 1.º, o Brasil é uma **República** . O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, de sua honra, de sua independência e de sua prosperidade.

■ **Forma de Estado:** o Brasil é um Estado **federal** , constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.

Na prática, contudo, as autonomias estaduais foram reduzidas, e podemos dizer que o regime federativo foi simplesmente **“nominal”** , havendo constante, senão até permanente, assunção dos governos estaduais por interventores federais. Por sua vez, os vereadores e prefeitos eram nomeados pelos interventores de cada Estado.

■ **Distrito Federal — Capital do Brasil, tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro:** nos termos do art. 7.º, o Distrito Federal, que continuou como capital federal, enquanto sede do Governo da República, era administrado pela União.

■ **Não há mais religião oficial:** continuava o Brasil como país leigo, laico ou não confessional, não havendo, contudo, a invocação da “proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição.

■ **Organização dos “Poderes”:** a teoria clássica da tripartição de “Poderes” de Montesquieu foi *formalmente* mantida. Entretanto, na prática, tendo em vista o forte traço autoritário do regime, o Legislativo e o Judiciário foram “esvaziados”.

■ **Poder Legislativo:** nos termos do art. 38, o Poder Legislativo seria exercido pelo **Parlamento Nacional** com a colaboração do **Conselho da Economia Nacional** e do **Presidente da República** .

Havia a previsão de composição do Parlamento Nacional por duas Câmaras: a **Câmara dos Deputados** e o **Conselho Federal** . Assim, como se percebe, o **Senado Federal deixou de existir durante o Estado Novo** .

A Câmara dos Deputados seria composta de representantes do povo, eleitos mediante **sufrágio indireto** para mandato de 4 anos. Já o Conselho Federal seria composto de representantes dos Estados e 10 membros nomeados pelo Presidente da República. A duração do mandato era de 6 anos.

Cabe alertar, contudo, que, nos termos do art. 178, foram **dissolvidos** a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos

Estados e as Câmaras Municipais, marcando-se eleições futuras para o novo Parlamento. Enquanto não se reunisse o Parlamento nacional, o Presidente da República tinha o poder de expedir **decretos-leis** sobre todas as matérias da competência legislativa da União. Na prática, o Legislativo nunca chegou a se instalar.

> ■ **Poder Executivo:** nos termos do art. 73, o Presidente da República, **autoridade suprema do Estado**, coordenava a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirigia a política interna e externa, promovia ou orientava a política legislativa de interesse nacional, e superintendia a administração do País.

A **eleição indireta** foi estabelecida para a escolha do Presidente da República, que cumpriria mandato de 6 anos.

> ■ **Poder Judiciário:** nos termos do art. 90, eram órgãos do Poder Judiciário: *a)* o Supremo Tribunal Federal; *b)* os Juízes e Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; *c)* os Juízes e Tribunais militares. A Justiça Eleitoral foi extinta e, conforme já visto, também os partidos políticos.

O Judiciário, contudo, foi **"esvaziado"**. Como exemplo, nos termos do art. 96, parágrafo único, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmasse por 2/3 dos votos em cada uma das Câmaras, **ficaria sem efeito a decisão do Tribunal**.

Outra demonstração de "força" do poder central está no art. 170, ao estabelecer que, durante o estado de emergência ou o estado de guerra, os atos praticados em virtude deles não poderiam ser conhecidos por qualquer Juiz ou Tribunal.

> ■ **Declaração de direitos:** não houve previsão do mandado de segurança nem da ação popular. Não se tratou dos princípios da irretroatividade das leis e da reserva legal. O direito de manifestação do pensamento foi restringido, já que, nos termos do art. 122, n. 15, "a", com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a **censura prévia** da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão podia ser exercida, facultando-se à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação.

Nenhum jornal poderia recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei (art. 122, n. 15, "b").

Nos termos do art. 122, n. 13 (e em sua redação determinada pela Lei Constitucional n. 1, de 16.05.1938), além dos casos previstos na legislação

militar para o tempo de guerra, a **pena de morte** poderia ser aplicada para **crimes políticos** e nas hipóteses de **homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade** .

Nos termos do art. 177, que vigorou durante todo o Estado Novo, embora o seu prazo inicial tenha sido limitado a 60 dias (tendo em vista a faculdade trazida pela Lei Constitucional n. 2, de 16.05.1938), o Governo poderia **aposentar** ou **reformar** , de acordo com a legislação em vigor, os funcionários civis e militares cujo afastamento se impusesse a juízo exclusivo do "Governo", no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.

Nos termos do art. 186, foi declarado o **estado de emergência** , que, suspendendo direitos e garantias individuais, só veio a ser revogado pela Lei n. 16, de 30.11.1945.

Nos termos do art. 139, a **greve** e o ***lock-out*** foram **proibidos** , tendo sido declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

Nos termos do art. 173 e na sua redação determinada pela Lei Constitucional n. 7, de 30.09.1942, estabeleceu-se a possibilidade de declarar o " **estado de guerra** ", com restrição a direitos fundamentais e, ainda, o julgamento de crimes cometidos contra a **estrutura das instituições** , a **segurança do Estado** e dos **cidadãos pela Justiça Militar** ou pelo **Tribunal de Segurança Nacional** . Este último só veio a ser extinto pela Lei Constitucional n. 14, de 17.09.1945.

A **tortura** foi utilizada como instrumento de repressão, situação essa simbolizada pela entrega de Olga Benário, mulher de Luís Carlos Prestes, líder comunista no Brasil, que viria a ser assassinada em campo de concentração nazista na Alemanha.

> ■ **Nacionalização formal da economia e conquista de direitos e vantagens trabalhistas:** muito embora essa "triste" realidade ditatorial, durante o período houve inegável "nacionalização formal da economia", bem como "controle sobre certas áreas estratégicas de produção, como mineração, aço e petróleo", configurando, assim, importante "expansão capitalista". [96]

Podemos lembrar as seguintes estatais criadas durante o período: Companhia Vale do Rio Doce (1942), Companhia Nacional de Álcalis (1943), Fábrica Nacional de Motores (1943) e Companhia Hidroelétrica de São Francisco (1945).

Também tivemos avanços no campo trabalhista. Contudo, como anota Barroso, nesse contexto, "... a Constituição não desempenhou papel algum, substituída pelo mando personalista, intuitivo, autoritário. Governo de fato, de

suporte policial e militar, sem submissão sequer formal à Lei maior, que não teve vigência efetiva, salvo quanto aos dispositivos que outorgavam ao chefe do Executivo poderes excepcionais". [97]

2.5.7. Constituição de 1946

Durante a Segunda Guerra Mundial, o Governo brasileiro declarou ofensiva contra os países do **"Eixo"** (destacando-se como principais potências a Alemanha, a Itália e o Japão), entrando no confronto ao lado dos **"Aliados"** (destacando-se como principais potências a China, a França, a Grã-Bretanha, a União Soviética e os Estados Unidos). Como marco histórico, em 1943, ressaltamos a criação da **FEB — Força Expedicionária Brasileira** .

A entrada na Guerra fez com que Vargas perdesse importante apoio, situação essa materializada na publicação, em 24 de outubro de 1943, do **Manifesto dos Mineiros** , carta assinada por intelectuais que apontava a contradição entre a política interna e a externa.

Isso porque, ao entrar na Guerra ao lado dos "Aliados", buscando enfrentar as ditaduras nazifascistas de Mussolini e Hitler (países do "Eixo"), parecia natural que o fascismo fosse "varrido" da realidade brasileira, não se sustentando, internamente, a contradição de manter um Estado arbitrário com base em uma Constituição inspirada no modelo fascista e externamente lutar contra esse regime.

Outros documentos, na mesma linha do *Manifesto dos Mineiros* , foram assinados. Essa crise política forçou Vargas a assinar o **Ato Adicional** em 1945 (Lei Constitucional n. 9, de 28.02.1945), convocando eleições presidenciais e marcando a derrocada final do "Estado Novo".

Durante a campanha eleitoral, surge o movimento chamado **"queremismo"** , que significava "Queremos Getulio", e tudo levava a crer, especialmente com o apoio do partido comunista, agora legalizado, que Getulio iria continuar e, eventualmente, até dar um novo golpe.

Em 29 de outubro de 1945, Vargas tentou substituir o chefe de Polícia do Distrito Federal por seu irmão, Benjamim Vargas. Além disso, nomeou João Alberto para Prefeito do Rio de Janeiro, fatos que precipitariam o fim do Estado Novo, já que davam a entender a vontade de Vargas continuar no Poder.

Esses fatos culminaram com a "expulsão" de **Vargas** do poder pelos Generais Gaspar Dutra e Góis Monteiro, sendo, assim, **deposto pelas Forças Armadas** .

Convocado pelas Forças Armadas, o Executivo passou a ser exercido pelo então **Presidente do STF** , *Ministro José Linhares* , que governou de 29.10.1945 a 31.01.1946, até assumir, eleito pelo **voto direto** e com mais de

55% de aprovação dos eleitores, o *General Gaspar Dutra* como o novo Presidente da República.

José Linhares praticou importantes atos, como: **a)** a revogação do art. 177 (que permitia a aposentadoria ou reforma compulsórias, a exclusivo juízo do Governo, de funcionários civis e militares); **b)** a extinção do *Tribunal de Segurança Nacional*; **c)** a revogação do *estado de emergência*; **d)** a extinção do *Conselho de Economia Nacional*; **e)** a abolição da regra que permitia o esvaziamento da efetividade das decisões do STF em controle de constitucionalidade (art. 96, parágrafo único).

A Lei Constitucional n. 13, de 12.11.1945, atribuiu **poderes constituintes** ao Parlamento que seria eleito em 02.12.1945 para a elaboração da nova Constituição do Brasil.

A Assembleia Constituinte foi instalada em 1.º.02.1946, vindo o texto a ser **promulgado** em 18.09.1946. Tratava-se da **redemocratização do País**, repudiando-se o Estado totalitário que vigia desde 1930.

O texto buscou inspiração nas ideias liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais da de 1934. Na ordem econômica, procurou harmonizar o princípio da livre-iniciativa com o da justiça social.

- **Forma de Governo Republicana e Forma de Estado Federativa:** nos termos do art. 1.º, os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Prestigiam o municipalismo.

- **Capital da União:** o Distrito Federal continuou como a Capital da União.

Cabe lembrar, contudo, a previsão do art. 4.º do ADCT: a Capital da União será transferida para o planalto central do País. Promulgado este Ato, o Presidente da República, dentro em 60 dias, nomeará uma Comissão de técnicos de reconhecido valor para proceder ao estudo da localização da nova Capital. O estudo previsto no parágrafo antecedente será encaminhado ao Congresso Nacional, que deliberará a respeito, em lei especial, e estabelecerá o prazo para o início da delimitação da área a ser incorporada ao domínio da União. Findos os trabalhos demarcatórios, o Congresso Nacional resolverá sobre a data da mudança da Capital. Efetuada a transferência, o atual Distrito Federal passará a constituir o Estado da Guanabara.

Como se sabe, cumprindo o seu “Plano de Metas” (“50 anos em 5”), *Juscelino Kubitschek*, além de suas importantes realizações econômicas, implementa a construção de **Brasília**, a nova capital do Brasil, inaugurada em **21 de abril de 1960**.

- **Inexistência de religião oficial:** continuou o País leigo, muito embora a expressa menção a “Deus” no preâmbulo.

- **Organização dos “Poderes”:** a teoria clássica da tripartição de “Poderes” de Montesquieu foi restabelecida.

- **Poder Legislativo:** nos termos do art. 37, o Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, que se compunha da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, reaparecendo o bicameralismo igual.

A Câmara dos Deputados compunha-se de representantes do povo, eleitos, segundo o sistema de representação proporcional, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Territórios, para mandato de 4 anos.

O Senado Federal, por sua vez, compunha-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário e para mandato de 8 anos. Cada Estado, e bem assim o Distrito Federal, elegia 3 Senadores, renovando-se a representação de cada Estado e a do Distrito Federal de 4 em 4 anos, alternadamente, por 1 e por 2/3.

Nos termos do art. 61, as funções de Presidente do Senado Federal eram exercidas pelo **Vice-Presidente da República** .

Nos termos do art. 141, § 13, constitucionalizaram-se os Partidos Políticos, sendo vedada a organização, o registro ou o seu funcionamento nas hipóteses em que o programa ou a ação contrariassem o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.

- **Poder Executivo:** retomando a normalidade democrática, o Presidente da República deveria ser eleito de **forma direta** para mandato de **5 anos** , junto com o vice, que, como visto, acumulava a função de Presidente do Senado Federal.

- **Poder Judiciário:** foi retomada a situação de normalidade.

O Poder Judiciário era exercido pelos seguintes órgãos: *a)* Supremo Tribunal Federal; *b)* Tribunal Federal de Recursos; *c)* Juízes e Tribunais militares; *d)* Juízes e Tribunais eleitorais; *e)* Juízes e Tribunais do trabalho.

- **Declaração de direitos:** os mandado de segurança e a ação popular foram restabelecidos no texto constitucional.

Nos termos do art. 141, § 4.º, consagra-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ao estabelecer que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito *individual* ”.

Conforme visto, nos termos do art. 141, § 13, passa-se, pela primeira vez, a prever regras para os partidos políticos.

Nos termos do art. 141, § 31, **vedou-se** , caracterizando de cunho humanitário, a **pena de morte** (salvo as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro), a de **banimento** , a de **confisco** e a de **caráter perpétuo** .

Nos termos do art. 158, foi **reconhecido** o **direito de greve**. As várias garantias dos trabalhadores já conquistadas durante o "Estado Novo" foram mantidas, marcando importante "degrau" na evolução social do País.

- **Instituição do parlamentarismo:** perdendo o apoio político, tanto do centro como da direita, o Presidente Jânio Quadros renunciou em 25 de agosto de 1961, encaminhando carta ao Congresso Nacional pela qual afirmava que teria sido pressionado por "forças ocultas terríveis".

O Vice-Presidente João Goulart (Jango) estava na China e, assim, as Forças Armadas tentaram impedir o seu retorno, tendo em vista o receio com suas ligações comunistas.

Não aceitando o inconstitucional afastamento de Jango, o Congresso Nacional, tentando ser conservador, aprovou, em 02.09.1961, o regime parlamentarista (que também já havia sido experimentado durante o Império).

A grande novidade era a dualidade do Executivo, exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros, cabendo a estes a responsabilidade política do Governo. Nos termos do art. 3.º, I, da EC n. 4/61, o Presidente da República nomeava o Primeiro-Ministro, que, por sua vez, escolhia os demais Ministros a serem nomeados pelo Presidente da República.

Feito o referendo, em 06.01.1963, o povo determinou o retorno imediato ao presidencialismo, conforme já estudado no *item 17.1.2.1*, que remanesceria até a Revolução Militar de 1964.

2.5.8. Golpe Militar de 1964

Jango foi derrubado por um movimento militar que eclodiu em 31.03.1964, tendo sido acusado de estar a serviço do "comunismo internacional". Instalava-se, assim, uma nova "ordem revolucionária" no País.

O General *Costa e Silva*, o Brigadeiro *Francisco Correia de Melo* e o Almirante *Augusto Rademaker*, militares vitoriosos, constituíram o chamado *Supremo Comando da Revolução* e, em 09.04.1964, baixaram o Ato Institucional n. 1, de autoria de Francisco Campos (o mesmo que elaborou a Carta de 1937), com muitas restrições à democracia: **a)** nos termos do art. 6.º, o Comando da Revolução poderia decretar o estado de sítio; **b)** nos termos do art. 7.º, conferia-se o poder de aposentar civis ou militares; **c)** nos termos de seu art. 10, o de suspender direitos políticos, cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos etc.

O AI 2/65, após ter estabelecido **eleições indiretas** para Presidente e

Vice-Presidente da República, foi seguido pelo de n. 3, que também as estabeleceu em âmbito estadual.

O Congresso Nacional foi fechado em 1966, sendo reaberto, posteriormente, nos termos do AI 4/66 para aprovar a Constituição de 1967.

Alguns autores entendem que o texto de 1967 teria sido "promulgado", já que votado nos termos do art. 1.º, § 1.º, do AI 4/66. Contudo, em razão do "autoritarismo" implantado pelo *Comando Militar da Revolução* , não possuindo o Congresso Nacional liberdade para alterar substancialmente o novo Estado que se instaurava, preferimos dizer que o texto de 1967 foi **outorgado** unilateralmente (apesar de formalmente votado, aprovado e "promulgado") pelo regime ditatorial militar implantado.

Em conclusão, pode-se afirmar que a Constituição de 1946 foi suplantada pelo Golpe Militar de 1964. Embora continuasse existindo formalmente, o País passou a ser governado pelos Atos Institucionais e Complementares, [98] com o objetivo de consolidar a "Revolução Vitoriosa", que buscava combater e "drenar o bolsão comunista" que assolava o Brasil.

■ 2.5.9. Constituição de 1967

Na mesma linha da Carta de 1937, a de 1967 concentrou, bruscamente, o poder no âmbito federal, esvaziando os Estados e Municípios e conferindo amplos poderes ao Presidente da República. Houve forte preocupação com a **segurança nacional** . Algumas características podem ser destacadas:

■ **Forma de Governo:** República.

■ **Forma de Estado:** muito embora o art. 1.º estabelecesse ser o Brasil uma República **Federativa** , constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, na prática, contudo, o que se percebeu foi um **duro "golpe" no federalismo** , mais se aproximando de um Estado unitário centralizado do que federativo.

■ **Capital da União:** nos termos do art. 2.º, o Distrito Federal continuou sendo a Capital da União, lembrando que os Poderes da República já haviam sido transferidos para Brasília, no Planalto Central do País, inaugurada em 21 de abril de 1960.

■ **Inexistência de religião oficial:** continuou o Brasil a ser um país leigo, embora houvesse a expressa menção a "Deus" no preâmbulo.

■ **Organização dos "Poderes":** a teoria clássica da tripartição de "Poderes" de Montesquieu foi formalmente mantida. Conforme anota Celso Bastos, com precisão, apesar da previsão da tripartição de Poderes, "... no fundo existia um só, que era o Executivo, visto que a situação reinante tornava por demais mesquinhas as competências tanto

do Legislativo quanto do Judiciário...”. [99]

■ **Poder Legislativo:** nos termos do art. 29, o Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, que se compunha da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A Câmara dos Deputados era formada por representantes do povo, eleitos por voto direto e secreto, em cada Estado e Território e para mandato de 4 anos. O Senado Federal compunha-se de representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário. Cada Estado elegia 3 Senadores, com mandato de 8 anos, renovando-se a representação de 4 em 4 anos, alternadamente, por 1 e por 2/3.

Na prática, contudo, conforme visto, o Legislativo teve a sua competência diminuída.

Além disso, nos termos do art. 41, § 2.º, fortaleceu-se a representação dos Deputados nos Estados menores: “o número de Deputados será fixado em lei, em proporção que não exceda de um para cada trezentos mil habitantes, até vinte e cinco Deputados, e, além desse limite, um para cada milhão de habitantes”.

■ **Poder Executivo:** fortalecido, era eleito para mandato de 4 anos, de maneira **indireta** por sufrágio do Colégio Eleitoral, composto pelos membros do Congresso Nacional e de Delegados indicados pelas Assembleias Legislativas dos Estados, em sessão pública e mediante votação nominal.

O Presidente da República legislava por **decretos-leis** , que poderiam ser editados em casos de *urgência* ou de *interesse público relevante* , e desde que não resultasse aumento de despesa sobre as seguintes matérias: *a*) segurança nacional; *b*) finanças públicas.

O art. 58, parágrafo único, previa a criticada **aprovação por decurso de prazo** do decreto-lei, já que, publicado o texto, que tinha vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovava ou o rejeitava, dentro de 60 dias, não podendo emendá-lo. Se, porém, nesse prazo não houvesse deliberação, o texto seria tido como aprovado.

Nos termos do art. 60, estrategicamente, estabeleceu-se a **iniciativa exclusiva** do Presidente da República para certas matérias, ou seja, só ele poderia deflagrar (dar início) o processo legislativo.

■ **Poder Judiciário:** o Poder Judiciário da União era exercido pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal; Tribunais Federais de Recursos e Juízes Federais; Tribunais e Juízes Militares; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes do Trabalho. Havia previsão da Justiça Estadual. Em razão do centralismo, o Judiciário também teve a sua competência diminuída.

■ **Declaração de direitos:** havia exagerada possibilidade de suspensão de direitos políticos por 10 anos, nos termos do art. 151.

Houve a previsão de se tornar perdida a propriedade para fins de reforma agrária, mediante o pagamento da indenização com títulos da dívida pública.

Os direitos dos trabalhadores foram definidos com maior eficácia.

■ **Sistema tributário:** conforme anota Celso Bastos, "... o Sistema Tributário Nacional, que há pouco sofrera uma modificação, por meio da Emenda Constitucional n. 18 à Constituição de 1946, foi em princípio mantido. Contudo, a discriminação de rendas, ampliando a técnica do **federalismo cooperativo** , acabou por permitir uma série de participações de uma entidade na receita da outra, com acentuada centralização. Quanto à matéria orçamentária aparecem o orçamento-programa, os programas plurianuais de investimento, além da própria atualização do sistema orçamentário". [100]

■ **AI-5, de 13.12.1968:** o AI-5, o famigerado e mais violento ato baixado pela ditadura, perduraria até a sua revogação pela EC n. 11, de 17.10.1978, fixando as seguintes "atrocidades", [101] nos termos de sua ementa:

a) formalmente, foram mantidas a Constituição de 24.01.1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes do AI-5;
b) o Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por ato complementar em estado de sítio ou fora dele, só voltando a funcionar quando convocados seus membros pelo Presidente da República;
c) o Presidente da República, no interesse nacional, poderia decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição;
d) os direitos políticos de quaisquer cidadãos poderiam ser suspensos pelo prazo de 10 anos e cassados os mandatos eletivos federais, estaduais e municipais;
e) ficaram suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo;
f) o Presidente da República, em quaisquer dos casos previstos na Constituição, poderia decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo;
g) o Presidente da República poderia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido ilicitamente, no exercício do cargo ou função;
h) suspendeu-se a garantia de *habeas corpus* , nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a

economia popular (art. 10 do AI-5);
i) finalmente, a triste previsão do art. 11 do AI-5: "excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos".

No mesmo dia em que o AI-5 foi baixado por *Costa e Silva* , o **Congresso Nacional** foi **fechado** , nos termos do Ato Complementar n. 38, de 13.12.1968, situação essa que perdurou por mais de 10 meses.

■ 2.5.10. Constituição de 1969 — EC n. 1, de 17.10.1969

A EC n. 1/69 não foi subscrita pelo Presidente da República Costa e Silva (15.03.1967 a 31.08.1969), impossibilitado de governar por sérios problemas de saúde, nem, "estranhamente", pelo Vice-Presidente Pedro Aleixo, um civil.

Com base no AI 12, de 31.08.1969, consagrou-se no Brasil um governo de **"Juntas Militares"** , já que referido ato permitia que, enquanto Costa e Silva estivesse afastado por motivos de saúde, governassem os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. Nesse sentido, e com "suposto" fundamento, é que a EC n. 1/69 foi baixada pelos Militares, já que o Congresso Nacional estava fechado. [102]

Sem dúvida, dado o seu caráter revolucionário, podemos considerar a EC n. 1/69 como a manifestação de um novo **poder constituinte originário** , outorgando uma nova Carta, que "constitucionalizava" a utilização dos Atos Institucionais. Nos termos de seu art. 182, manteve em vigor o AI-5 e todos os demais atos baixados. O mandato do Presidente foi aumentado para **5 anos** , continuando a eleição a ser **indireta** .

Durante o governo do General Emílio Médici (30.10.1969 a 15.03.1974), o País experimentou o denominado **"milagre econômico"** , [103] que trouxe uma pequena ilusão de pontos positivos ao novo regime (extremamente duro e autoritário, deixe-se bem claro).

Logo em seguida, do ponto de vista econômico, o governo de Ernesto Geisel (15.03.1974 a 15.03.1979) foi marcado por **forte inflação** e **grave crise econômica** (sobretudo em razão do petróleo). O governo perdia força e temia a oposição, especialmente após a derrota nas eleições legislativas de novembro de 1974.

Nesse contexto, o governo baixou a **Lei Falcão** (Lei n. 6.339, de 1.º.07.1976, assim apelidada já que *Armando Ribeiro Falcão* era o Ministro da Justiça que referendava o ato), reduzindo a propaganda política e, assim, prejudicando a oposição.

O Presidente Geisel baixou, ainda, o **Pacote de Abril de 1977** , dissolvendo o Congresso Nacional e editando 14 emendas e 6 decretos, destacando-se as seguintes medidas:

a) redução do *quorum* para aprovação de EC de 2/3 para maioria absoluta, **flexibilizando** , assim, a teórica rigidez constitucional;
b) estabelecimento da **avocatória** nos termos do art. 119, I, "o", da EC n. 1/69, introduzido pela EC n. 7/77, nos seguintes termos: "as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido"; [104]
c) um terço dos Senadores passou a ser "eleito" pelas Assembleias Legislativas, ou melhor, pelo Colégio Eleitoral estadual, nos termos do art. 41, § 2.º, na redação conferida pela EC n. 8/77. Como a ARENA (partido governamental) detinha a maioria (com a exceção do Estado da Guanabara, no qual saiu vitorioso o MDB), na prática se presenciou uma esquisita "nomeação" dos Senadores (já que a ARENA detinha a maioria nos Estados), que, ironicamente, foram apelidados pela população de **Senadores biônicos** ;
d) aumento do mandato do Presidente da República de 5 (EC n. 1/69) para **6 anos** (EC n. 8/77);
e) manutenção da regra da **proporcionalidade** para a eleição de Deputados o que beneficiava os Estados menores, nos quais, supostamente, o governo teria maior controle.

Em seguida, tivemos o **pacote de junho de 1978** , destacando-se:

a) a revogação total ao AI-5;
b) a suspensão das medidas que, com base no AI-5, cassaram direitos políticos;
c) a previsão de impossibilidade de suspensão do Congresso Nacional pelo Presidente da República, eliminando, assim, alguns poderes presidenciais.

Era o início de um processo de redemocratização [105] que viria a ganhar força durante a presidência de João Figueiredo (15.03.1979 a 15.03.1985 — mandato de **6 anos** , conforme a EC n. 8/77), que por sua vez teve a missão de pôr fim ao governo militar.

■ **Lei da Anistia (Lei n. 6.683, de 28.08.1979):** foi concedida a anistia para todos que, no período compreendido entre 02.09.1961 e 15.08.1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos

servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Nesse particular, cabe destacar que o STF, em 29.04.2010, no julgamento da **ADPF 153** , rejeitou o pedido de revisão da referida "Lei da Anistia" (cf. discussão sobre este assunto e a punição do Brasil pela *Corte Interamericana dos Direitos Humanos* no *item 21.4.2*) .

■ **Reforma Partidária — Lei n. 6.767, de 20.12.1979:** ao modificar dispositivos da Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), nos termos do art. 152 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional n. 11/78, trouxe a importante novidade de pôr fim ao bipartidarismo (ARENA *v.* MDB), regulamentando o **pluripartidarismo partidário** . A ARENA passou a se chamar PDS (Partido Democrático Social), e do MDB estabeleceram-se cinco partidos novos: PMDB, PP, PT, PDT e PTB.

■ **EC n. 15, de 21.11.1980 — eleições diretas em âmbito estadual:** em 1982, tivemos importante marco histórico, qual seja, a **eleição direta** para Governadores de Estado em razão da alteração trazida pela EC n. 15/80. O PDS ganhou em 12 Estados, o PMDB, em 10, e o PDT, em 1.

■ **"Diretas Já":** em 18.04.1983, o então Deputado Federal Dante de Oliveira apresentou a PEC n. 5/83, propondo, pela primeira vez, após quase 20 anos de ditadura, a **eleição direta** para Presidente e Vice-Presidente da República. A PEC ganhou o apoio popular e se transformou no importante movimento que ficou conhecido como "Diretas Já". Apesar da pressão da sociedade civil, em 25.04.84, a denominada **"PEC Dante de Oliveira"** foi rejeitada. Diante dessa situação, o Colégio Eleitoral acabou elegendo, em 15.01.1985, embora pelo **voto indireto** , pela primeira vez, após mais de 20 anos de ditadura militar, um civil — o que caracterizou o fim do regime militar —, **Tancredo Neves** , mineiro de São João Del Rei, que prometeu estabelecer a "Nova República", democrática e social.

A sua posse estava marcada para o dia 15.02.1985. Contudo, Tancredo Neves adoeceu gravemente na véspera, não tomando posse e vindo a falecer, para tristeza e comoção do País, no dia 21.04.1985. José Ribamar Ferreira de Araújo Costa — José Sarney (15.03.1985 a 15.03.1990), o Vice-Presidente, assumiu a presidência com importante particularidade: era o primeiro governo civil após o movimento militar de 1964.

Na medida em que Tancredo Neves sempre cogitou da elaboração de uma "Comissão de Notáveis" para elaborar um anteprojeto de Constituição, José Sarney, o novo Presidente, considerando o compromisso assumido pela Aliança Democrática perante a Nação, instituiu, pelo Decreto n. 91.450/1985,

junto à Presidência da República, uma **Comissão Provisória de Estudos Constitucionais** , composta de 50 membros de livre escolha do Chefe do Executivo e com o objetivo de desenvolver pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação brasileira, para futura colaboração com os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

Essa Comissão, conhecida por **Comissão Afonso Arinos** , nome de seu presidente, entregou um anteprojeto de Constituição em 18.09.1986, que foi publicado no *DOU* de 26.09.1986, com 436 artigos no corpo e 32 nas Disposições Gerais e Transitórias.

O texto final elaborado pela *Comissão Afonso Arinos* , contudo, foi rejeitado por José Sarney, tendo em vista, entre outras razões, ter optado pelo sistema **parlamentarista** , o que diminuiria os poderes do Presidente.

Em seguida, buscando cumprir o mandamento da EC n. 26, de 27.11.1985, [106] que determinou a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, finalmente ela foi instalada, mesmo sem partir de um projeto previamente elaborado, em 1.º.02.1987, sob a presidência do Ministro do STF José Carlos Moreira Alves.

Como anota Barroso, "além das dificuldades naturais, advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final. Dividida, inicialmente, em 24 subcomissões e, posteriormente, em 8 comissões, cada uma delas elaborou um anteprojeto parcial, encaminhado à Comissão de Sistematização. Em 25 de junho do mesmo ano, o relator desta Comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho em que reuniu todos estes anteprojetos em uma peça de 551 artigos! A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos *lobbies* , dos grupos de pressão de toda ordem, gerou um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo". [107]

Como se sabe, depois de tanto trabalho e dificuldades, a Constituição de 1988 foi promulgada em 5 de outubro, redemocratizando o País, com importantes avanços.

Trata-se da denominada por **Ulysses Guimarães** , Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, **Constituição Cidadã** , tendo em vista a ampla **participação popular** durante a sua elaboração e a constante busca de efetivação da **cidadania** .

■ 2.5.11. Constituição de 1988

Durante o governo *Sarney*, o **pluripartidarismo foi ampliado**, legalizando-se partidos como o PCB e o PC do B, surgindo novos como o PSDB (dissidência de membros do PMDB) e o PL (Partido Liberal), formado por ideais neoliberais do empresariado. Outro avanço foi a erradicação da "famigerada" censura à imprensa, que assolou o País durante o governo militar. O sindicalismo e grandes centrais (CUT e CGT) consolidaram-se.

Era a solidificação da transição entre o antigo regime e a "Nova República". Em 1989, depois de 25 anos de regime de exceção, o povo elegia, pelo voto direto, em dois turnos, *Fernando Collor de Mello* (15.03.1990 a 29.12.1992). Tendo em vista os vários escândalos de corrupção, em 02.10.1992, a Câmara dos Deputados autoriza a abertura do processo de *impeachment*. Em 29.12.1992, Collor renuncia ao mandato e os Senadores aprovam sua inabilitação política por 8 anos.

O Vice-Presidente de Collor, *Itamar Franco* (29.12.1992 a 1.º01.1995) assume interinamente a Presidência da República.

Em seguida, tivemos a eleição direta do sociólogo *Fernando Henrique Cardoso* (1.º01.1995 a 1.º01.1999) para mandato de 4 anos (mandato reduzido de 5 anos — redação original do texto de 1988 — para 4 anos, por força da EC de Revisão n. 5, de 07.06.1994). Durante o seu mandato, foi aprovada a EC n. 16, de 04.06.1997, que, mantendo o mandato de 4 anos, permitiu uma única reeleição subsequente.

Com fundamento na nova redação conferida aos arts. 82 e 14, § 5.º, Fernando Henrique se torna o primeiro presidente da história da República reeleito para um período subsequente (1.º01.1999 a 1.º01.2003).

Posteriormente, e também de forma democrática pelo voto direto, o povo elege o metalúrgico de Garanhuns-PE, *Luiz Inácio Lula da Silva*, que exerceu seu primeiro mandato de 1.º01.2003 a 1.º01.2007. Lula foi reeleito em outubro de 2006 (em 2.º turno, com 60,83% dos votos válidos, em disputa com Geraldo Alckmin), assumindo o novo mandato em 1.º01.2007 e permanecendo até 1.º01.2011, quando o Executivo Federal passou a ter por Chefe *Dilma Rousseff*, a **primeira mulher** em toda história da nossa República.

> ■ **Plebiscito:** conforme já indicamos, tivemos o primeiro **plebiscito** no Brasil, com data inicial prevista para 7 de setembro de 1993, nos termos do art. 2.º do ADCT, antecipada para 21 de abril de 1993 pela EC n. 2/92. O **resultado** todos já conhecem, qual seja, a manutenção da **república constitucional** e do **sistema presidencialista de governo**.

Ainda, nos termos do art. 3.º do ADCT, que fixava a manifestação do **poder constituinte derivado revisor** após 5 anos contados da promulgação do

texto, em 07.10.1993 foi instalada a sessão inaugural dos trabalhos de “revisão constitucional”.

Após 237 dias de trabalho, tendo recebido cerca de 30.000 propostas, foram elaborados 74 projetos de Emenda de Revisão, dos quais apenas **6** foram aprovados como EC de Revisão.

Além das citadas Emendas de Revisão, o texto original já foi alterado 68 vezes [108] (68 emendas constitucionais, fruto da manifestação do **poder constituinte derivado reformador**), sofrendo profundas modificações, tendo sido constantemente interpretadas as suas normas e preceitos pelo STF.

Nos termos do **preâmbulo** da CF/88, foi instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar os seguintes **valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias:

- o exercício dos direitos sociais e individuais;
- a liberdade;
- a segurança;
- o bem-estar;
- o desenvolvimento;
- a igualdade;
- a justiça.

Sendo **democrática e liberal** , a Constituição de 1988, que sofreu forte influência da Constituição portuguesa de 1976, foi a que apresentou maior **legitimidade popular** , podendo ser destacadas as seguintes características:

- **Forma de Governo:** República, confirmada pelo plebiscito do art. 2.º do ADCT.

- **Sistema de Governo:** presidencialista, confirmado pelo plebiscito do art. 2.º do ADCT.

- **Forma de Estado:** Federação. Percebe-se sensível ampliação da autonomia administrativa e financeira dos Estados da Federação, bem como do Distrito Federal e Municípios. Contudo, inegavelmente, a União continua fortalecida, caracterizando-se o texto como centralizador.

Foi criado o Estado de Tocantins (art. 13 do ADCT), e os Territórios Federais de Roraima e do Amapá foram transformados em Estados Federados (art. 14 do ADCT). O Território Federal de Fernando de Noronha foi extinto, sendo a sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco (art. 15 do ADCT).

■ **Capital Federal:** nos termos do art. 18, § 1.º, **Brasília** é a Capital Federal. Assim, o Distrito Federal passou a ser considerado ente federativo autônomo, apesar de sua autonomia parcialmente tutelada pela União, como será estudado no *item 7.7.3* .

■ **Inexistência de religião oficial:** o Brasil é um país leigo, laico ou não confessional, muito embora haja a previsão de "Deus" no preâmbulo.

■ **Organização dos "Poderes":** foi retomada a teoria clássica da tripartição de "Poderes" de Montesquieu. Diferentemente do regime anterior, buscou-se um maior equilíbrio, especialmente pela técnica dos "freios e contrapesos", abrandando a supremacia do Executivo, que imperava.

■ **Poder Legislativo:** bicameral, exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a primeira composta de representantes do povo, eleitos pelo voto direto, secreto e universal e pelo sistema proporcional para mandato de 4 anos, e a segunda composta de representantes dos Estados-membros e do Distrito Federal, para mandato de 8 anos (duas legislaturas), eleitos pelo sistema majoritário, sendo que a representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de 4 em 4 anos, alternadamente, por 1 e 2/3.

■ **Poder Executivo:** exercido pelo Presidente da República, que é eleito junto com o Vice e auxiliado pelos Ministros de Estado. Atualmente, após a EC n. 16/97, como visto, o mandato é de 4 anos, permitindo-se uma única reeleição subsequente. O decreto-lei foi substituído pela medida provisória.

■ **Poder Judiciário:** nos termos do art. 92, são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça (EC n. 45/2004); o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Em relação ao controle de constitucionalidade das leis, tema que será estudado, houve ampliação dos legitimados para a propositura da ADI.

A CF/88 criou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), Corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal em todo o Brasil, sendo órgão de convergência da Justiça comum. Nesse sentido, o STF passou a cuidar de temas predominantemente constitucionais.

A EC n. 45/2004, *Reforma do Poder Judiciário* , trouxe importantes modificações.

■ **Constituição rígida:** existe um processo de alteração mais árduo, mais solene e mais dificultoso do que o processo de alteração das demais espécies normativas, daí a rigidez constitucional.

■ **Declaração de direitos:**

a) os princípios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos estão consolidados no texto, consagrando direitos fundamentais de maneira inédita, por exemplo, ter tornado o racismo e a tortura (que já havia sido abolida nos termos do art. 179, XIX, da Constituição de 1824) crimes **inafiançáveis** ;

b) os direitos dos trabalhadores foram ampliados;

c) pela primeira vez se estabeleceu o controle das omissões legislativas, seja pelo mandado de injunção (controle difuso), seja pela ADI por omissão (controle concentrado), temas a serem estudados;

d) outros remédios também foram previstos pela primeira vez no texto, quais sejam, o mandado de segurança coletivo e o *habeas data* ;

e) há previsão específica, pela primeira vez, de um capítulo sobre o "meio ambiente" (art. 225);

f) nesse sentido, destacam-se, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a de promover o inquérito civil e a **ação civil pública** , para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (arts. 127, *caput* , e 129, III); [109]

g) outra importante função institucional do MP é a de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V);

h) importante previsão da Defensoria Pública enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV. Por força das alterações promovidas pela Lei n. 11.448/2007, a Defensoria tornou-se parte legítima para a propositura de ação civil pública. Destacamos a **ADI 3.943** ajuizada pela CONAMP em 16.08.2007 e questionando a legitimação atribuída à Defensoria Pública para o ajuizamento de ACP, em nosso entender constitucional e perfeitamente possível, tendo em vista a natureza indivisível do objeto na tutela coletiva **(matéria pendente de apreciação)** . [110]

■ 2.6. QUESTÕES

1. É correto dizer que a diferença entre Constituição rígida e flexível está no fato de esta última poder ser alterada e aquela não?

Resposta: Este é um equívoco comum. Cuidado: tanto a Constituição rígida

como a flexível podem ser alteradas. A diferença entre elas está no processo legislativo de alteração da Constituição. Na rígida verificamos um processo legislativo mais árduo e mais solene do que o processo de alteração das leis ordinárias, enquanto na flexível a dificuldade de alteração da Constituição e das leis é a mesma, motivo pelo qual, do ponto de vista formal , não existe hierarquia entre Constituição flexível e lei não constitucional ordinária.

CONSTITUIÇÃO RÍGIDA	CONSTITUIÇÃO FLEXÍVEL
Constituição Art. 59 (leis infraconstitucionais)	Constituição — Normas infraconstitucionais

2. (Ministério da Saúde — Analista Técnico — Administrativo — PGPE 1 — CESPE/UnB/2010) Em um país que possua uma constituição flexível, caso seja editada uma lei com conteúdo contrário ao texto constitucional, essa lei será válida e acarretará alteração da Constituição.

Resposta: “certo”.

3. (Analista de Correios/Advogado — CESPE/UnB/2011) Segundo os doutrinadores, a ideia de uma constituição aberta está ligada à possibilidade de sua permanência dentro de seu tempo, evitando-se o risco de perda ou desmoronamento de sua força normativa.

Resposta: “certo”.

4. (DP/RJ — CEPERJ 2009) Diz-se que a Constituição brasileira de 1988 é rígida porque:

a) não admite a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional;
b) classifica como inafiançáveis os crimes de racismo e tortura, entre outros;
c) prevê, para sua reforma, a adoção de procedimento mais complexo, em tese, do que o adotado para a modificação das leis;
d) estabelece penalidades severas para os crimes de responsabilidade;
e) foi promulgada por Assembleia Nacional Constituinte convocada na forma de Emenda à Constituição anterior.

Resposta: “c”.

5. (106.º/OAB/SP) O princípio da supremacia constitucional:

a) decorre da possibilidade de a União intervir nos Estados e Municípios;
b) requer a conformidade à Constituição apenas dos atos legislativos, visto que os atos administrativos devem ser conformes apenas à lei infraconstitucional;
c) requer a conformidade de todas as situações jurídicas aos princípios e preceitos da Constituição;
d) não se impõe se houver omissão na prática de ato administrativo.

Resposta: "c". Da rigidez constitucional, nas palavras de José Afonso da Silva, "... emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, 'é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político'. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas". [111]

6. (80.º/MP/SP/1998) A Constituição que, resultante dos trabalhos de um órgão constituinte, sistematiza as ideias e os princípios fundamentais de teoria política e do Direito dominante no momento, quanto ao modo de sua elaboração, denomina-se:

a) flexível;
b) formal;
c) semirrígida;
d) outorgada;
e) dogmática.

Resposta: "e".

7. (MP/MA 2009) A Constituição Federal atual pode ser classificada como:

a) rígida, codificada, outorgada e concisa;
b) flexível, legal, promulgada e prolixa;
c) rígida, codificada, promulgada e prolixa;
d) flexível, legal, outorgada e concisa; e
e) flexível, codificada, outorgada e concisa.

Resposta: "c".

8. (Magistratura-MG/02-03) A classificação das Constituições em "Constituição normativa, Constituição nominal e Constituição semântica" foi formulada por:

a) Carré de Malberg;

b) Carl Schmitt;
c) Georges Burdeau;
d) Gomes Canotilho;
e) Karl Loewenstein.

Resposta: "e".

9. (AGU — CESPE/UnB/2010) No que se refere ao conceito e à classificação de constituição, julgue o próximo item:

Segundo a doutrina, quanto ao critério ontológico, que busca identificar a correspondência entre a realidade política do Estado e o texto constitucional, é possível classificar as constituições em normativas, nominalistas e semânticas.

Resposta: "Certo".

10. (PGE/MA-2003) A Constituição "como decisão política do titular do poder constituinte" é conceito atribuído a:

a) Sieyès;
b) Kelsen;
c) Montesquieu;
d) Carl Schmitt;
e) Ferdinand Lassalle.

Resposta: "d".

11. (VIII Concurso PGE/MS — 14.11.2004) Julgue cada uma das proposições abaixo e assinale a alternativa correta:

I — Na concepção teórica da Constituição em sentido ontológico, de Karl Loewenstein, uma das classificações que se apresenta é a de Constituição semântica, que é aquela cujas normas dominam o processo político, ou seja, quando o processo político se submete às normas constitucionais;

II — Toda Constituição tem como atributo a denominada supremacia material, posto que costumeiras e flexíveis, enquanto a supremacia formal só se apresenta nas Constituições escritas e rígidas, pois nestas se estabelece um procedimento solene e com maiores formalidades para a alteração (reforma) de suas normas em relação ao direito infraconstitucional;

III — No sentido sociológico, conforme a doutrina de Ferdinand Lassalle, a Constituição é concebida como o *modo de se combinarem os distintos fatores reais de poder que compõem o Estado*;

IV — Na teoria geral do Direito Constitucional encontramos a posição de Carl Schmitt; segundo este mestre germânico a Constituição deve ser compreendida em *sentido político* e dessa sua posição resultou a formulação da *teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico*;

V — A fórmula de que *a Constituição é uma norma jurídica escrita suprema de um Estado e, ao mesmo tempo, fundamento lógico superior de toda a*

ordem jurídica foi delineada por Hans Kelsen, em sua concepção da Constituição em *sentido jurídico* .

a) As proposições I, III e V estão incorretas;
b) As proposições II, III e V estão corretas;
c) As proposições I, II e III estão corretas;
d) As proposições III, IV e V estão incorretas;
e) Todas as proposições estão corretas.

Resposta "b". O item I está errado, pois estabelece, no fundo, a ideia de Constituição normativa , e não semântica. Como anota Paulo Ricardo Schier, "entenda-se, por Constituição normativa , aquela na qual o processo político, do poder, é dominado pelas normas da Constituição ou, pelo menos, adapta-se a elas. Toma-se, aqui, esta expressão, portanto, no sentido que lhe empresta Karl Loewenstein (*Teoría de la Constitución* , p. 216-231). Para este autor, buscando implementar uma classificação ontológica da Constituição, deve-se entender por Constituição normativa aquela real e efetiva, observada lealmente por todos os interessados, devendo estar integrada na sociedade estatal, e esta nela" (Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional:* construindo uma nova dogmática jurídica, p. 96). O item IV está errado, pois, muito embora, de fato, Carl Schmitt tenha adotado Constituição no sentido político, como consequência de sua teoria poderíamos falar em Constituição e lei constitucional, e não em escalonamento do ordenamento jurídico (decorrência da teoria de Kelsen).

12. (TRT 24.a Região/MS/2007) Considere as referências abaixo acerca dos conceitos de Constituição:

I. Constituição no sentido lógico-jurídico.
II. Constituição no sentido jurídico-positivo.
III. Constituição como decisão política fundamental.
Faça a correlação com as referências a seguir:
(A) Significa a norma fundamental hipotética.
(B) A Constituição é dimensionada como decisão global e fundamental advinda da unidade política, e identificável pelo núcleo de matérias que lhe são próprias e inerentes.
(C) Equivale à norma positiva suprema.
Dentre as alternativas abaixo, marque aquela que expressa a relação correta entre as referências acima:
a) (I-C); (II-A); (III-B).
b) (I-A); (II-B); (III-C).
c) (I-A); (II-C); (III-B).
d) (I-B); (II-C); (III-A).
e) (I-C); (II-A); (III-C).

Resposta: "c". Itens I e II tratam da teoria de Kelsen; item III da de Carl Schmitt.

13. (DP/SP/2006 — FCC) O termo “Constituição” comporta uma série de significados e sentidos. Assinale a alternativa que associa corretamente frase, autor e sentido.

a) Todos os países possuem, possuíram sempre, em todos os momentos da sua história uma Constituição real e efetiva. Carl Schmitt. Sentido político.
b) Constituição significa, essencialmente, decisão política fundamental, ou seja, concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma de existência política. Ferdinand Lassale. Sentido político.
c) Constituição é a norma fundamental hipotética e lei nacional no seu mais alto grau na forma de documento solene e que somente pode ser alterada observando-se certas prescrições especiais. Jean Jacques Rousseau. Sentido lógico-jurídico.
d) A verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais do poder que naquele país vigem e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade. Ferdinand Lassale. Sentido sociológico.
e) Todas as Constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar globalmente o político. Há uma intenção atuante e conformadora do direito constitucional que vincula o legislador. Jorge Miranda. Sentido dirigente.

Resposta: “d”.

14. (PGE/AP/2006 — CESPE/UnB) A Constituição brasileira de 1946 era semirrígida porque continha algumas normas que poderiam ser alteradas por emendas constitucionais e outras que, por serem cláusulas pétreas, eram insuscetíveis de alteração por ato do poder constituinte derivado.

Resposta: O conceito de Constituição semirrígida está errado, já que é toda Constituição que tem algumas matérias que precisam de um processo mais árduo e mais solene para ser alterada e outras que não precisam das formalidades. O exemplo de semirrígida é a do Império de 1824 (art. 178).

15. (MP/ENAP/SPU/ADM/Conhecimentos Gerais/2006/ESAF) Sobre Teoria Geral do Estado e da Constituição; Poderes do Estado; Supremacia da Constituição e tipos de Constituição, assinale a única opção correta.

a) Na concepção sociológica, defendida por Ferdinand Lassale, a Constituição seria o resultado de uma lenta formação histórica, do lento evoluir das tradições, dos fatos sócio-políticos, que se cristalizam como normas fundamentais da organização de determinado Estado.
b) Da autoprimazia normativa, característica da norma constitucional, decorre o princípio da conformidade, segundo o qual nenhum ato do poder político — legislativo, executivo ou judiciário — pode ser praticado em desacordo com as normas e os princípios constitucionais.

c) Constituições rígidas são as que possuem cláusulas pétreas, que não podem ser modificadas pelo poder constituinte derivado.
d) As Constituições classificadas quanto à forma como legais são aquelas sistematizadas e apresentadas em um texto único.
e) Segundo a doutrina, são características das Constituições concisas: a menor estabilidade do arcabouço constitucional e a maior dificuldade de adaptação do conteúdo constitucional.

Resposta: "b". A resposta correta vai ser desenvolvida no *item 3.6.4* , e a resposta foi extraída do livro de Canotilho . Segundo o mestre português, o direito constitucional "... caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas da Constituição são *normas de normas* (*normae normarum*), afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos e estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição...". A letra "a" está errada pois Ferdinand Lassale fala da necessidade de a Constituição representar as forças sociais, sob pena de ser uma simples "folha de papel". A letra "c" está errada, pois as cláusulas pétreas podem ser modificadas para ser fortificadas e, segundo o STF, em qualquer sentido, desde que dentro da razoabilidade e não tenda a abolir as referidas cláusulas; A letra "d" está errada pois constituições legais (também denominadas constituições escritas não formais e que equivalem às variadas de Pinto Ferreira) seriam aquelas escritas e que se apresentam esparsas ou fragmentadas em vários textos. A letra "e" está errada porque, em sentido contrário do que afirmado, é característica das concisas uma maior estabilidade da Constituição.

16. (MP/RN-CESPE/UnB 2009) A Carta outorgada em 10.11.1937 é exemplo de texto constitucional colocado a serviço do detentor do poder, para seu uso pessoal. É a máscara do poder. É uma Constituição que perde normatividade, salvo nas passagens em que confere atribuições ao titular do poder. Numerosos preceitos da Carta de 1937 permaneceram no domínio do puro nominalismo, sem qualquer aplicação e efetividade no mundo das normas jurídicas. Raul Machado Horta. Direito constitucional *.* 2.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 54-5 (com adaptações). Considerando a classificação ontológica das Constituições, assinale a opção que apresenta a categoria que se aplica à Constituição de 1937, conforme a descrição acima.

a) Constituição semântica.

b) Constituição dogmática.
c) Constituição formal.
d) Constituição outorgada.
e) Constituição ortodoxa.

Resposta: "a".

17. (Auditor-Fiscal do Trabalho/2006/ESAF) Na concepção materialista de Constituição, é dada relevância ao processo de formação das normas constitucionais, que, além de ser intencional, deve produzir um conjunto sistemático, com unidade, coerência e força jurídica próprias, dentro do sistema jurídico do Estado.

Resposta: "errado". Essa alternativa, retirada da questão 31 da prova, é errada, pois para as Constituições materiais não importa o processo legislativo de formação das normas constitucionais, mas a matéria, o seu conteúdo, que deverá conter as normas estruturais e fundamentais do Estado.

18. (Analista de Finanças e Controle-STN/2006/ESAF) Na concepção de Constituição em seu sentido político, formulada por Carl Schmitt, há uma identidade entre o conceito de Constituição e o conceito de leis constitucionais, uma vez que é nas leis constitucionais que se materializa a decisão política fundamental do Estado.

Resposta: "errado". Essa alternativa, retirada da questão 72 da prova comum, está errada, pois não há identidade entre Constituição e leis constitucionais, sendo que é a Constituição que materializa a decisão política fundamental.

19. (Analista de Finanças e Controle — AFC — CGU/2006/ESAF) Sobre conceito e classificação da Constituição e poder constituinte, assinale a única opção correta:

a) O conceito formal de Constituição e o conceito material de Constituição, atualmente, se confundem, uma vez que a moderna teoria constitucional não mais distingue as normas que as compõem.
b) Quanto ao sistema da Constituição, as Constituições se classificam em Constituição principiológica — na qual predominam os princípios — e Constituição preceitual — na qual prevalecem as regras.

Resposta: "b". Cf. parte teórica.

20. (PGE-PB/CESPE/UnB/2008) Acerca do conceito, do objeto, dos elementos e da classificação das Constituições, assinale a opção correta.

a) A Constituição é, na visão de Ferdinand Lassalle, uma decisão política fundamental, e não uma mera folha de papel.
b) Para Carl Schmitt, o objeto da Constituição são as normas que se

encontram no texto constitucional, não fazendo qualquer distinção entre normas de cunho formal ou material.

c) O dispositivo constitucional que arrola os princípios gerais da atividade econômica, como o da propriedade privada e sua função social, é considerado elemento socioideológico da Constituição, revelador do compromisso de um Estado não meramente individualista e liberal.

d) Como, no Brasil, a CF admite mudança por meio de emenda à Constituição, respeitados os limites por ela impostos, ela é considerada semirrígida.

e) A distinção entre Constituição formal e material é relevante para fins de aferição da possibilidade de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

Resposta: “c”. *Vide* parte teórica.

21. (Delegado-TO/CESPE/UnB/2008) Os elementos orgânicos que compõem a Constituição dizem respeito às normas que regulam a estrutura do Estado e do poder, fixando o sistema de competência dos órgãos, instituições e autoridades públicas.

Resposta: “certo”. *Vide* parte teórica.

22. (TCE-ES — Procurador Especial de Contas — CESPE/UnB/2009) No que se refere aos elementos e à classificação das constituições, assinale a opção correta:

a) Quanto ao modo de elaboração, a constituição dogmática decorre do lento processo de absorção de ideias, da contínua síntese da história e das tradições de determinado povo.

b) Sob o ponto de vista da extensão, a constituição analítica consubstancia apenas normas gerais de organização do Estado e disposições pertinentes aos direitos fundamentais.

c) O preâmbulo, o dispositivo que estabelece cláusulas de promulgação e as disposições transitórias são exemplos de elementos de estabilização constitucional.

d) Os direitos individuais e suas garantias, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos são considerados elementos limitativos das constituições.

e) Os denominados elementos formais de aplicabilidade das constituições são consagrados nas normas destinadas a garantir a solução de conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas.

Resposta: “d”. *Vide* parte teórica.

23. (Delegado de Polícia Civil/TO — CESPE/UnB/2008) Os elementos orgânicos que compõem a Constituição dizem respeito às normas que regulam a estrutura do Estado e do poder, fixando o sistema de

competência dos órgãos, instituições e autoridades públicas.

Resposta: "certo".

24. (Delegado de Polícia Civil/RN — CESPE/UnB/2009) Acerca dos sentidos, dos elementos e das classificações atribuídos pela doutrina às constituições, assinale a opção correta.

a) O elemento de estabilização constitucional é consagrado nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas.
b) O elemento socioideológico é assim denominado porque limita a ação dos poderes estatais e dá a tônica do estado de direito, consubstanciando o elenco dos direitos e garantais fundamentais.
c) Quanto à forma, diz-se formal a constituição cujo texto é composto por normas materialmente constitucionais e disposições diversas que não tenham relação direta com a organização do Estado.
d) Segundo o sentido sociológico da constituição, na concepção de Ferdinand Lassalle, o texto constitucional equivale à norma positiva suprema, que regula a criação de outras normas.
e) Segundo o sentido político da constituição, na concepção de Carl Schmitt, o texto constitucional equivale à soma dos fatores reais de poder, não passando de uma folha de papel.

Resposta: "a". *Vide* parte teórica.

25. (Magistratura/TJ/PB — CESPE/UnB/2011) Com relação ao objeto, aos elementos e aos tipos de Constituição, assinale a opção correta:

a) Quanto ao modo de elaboração, a vigente CF pode ser classificada como uma constituição histórica, em oposição à dita dogmática.
b) O objeto da CF é a estrutura fundamental do Estado e da sociedade, razão por que somente as normas relativas aos limites e às atribuições dos poderes estatais, aos direitos políticos e individuais dos cidadãos compõem a Constituição em sentido formal.
c) Por limitarem a atuação dos poderes estatais, as normas que regulam a ação direta de inconstitucionalidade e o processo de intervenção nos estados e municípios integram os elementos ditos limitativos.
d) Os elementos formais de aplicabilidade são exteriorizados nas normas constitucionais que prescrevem as técnicas de aplicação delas próprias, como, por exemplo, as normas inseridas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
e) Distintamente da Constituição analítica, a Constituição dirigente tem caráter sintético e negativo, pois impõe a omissão ou negativa de ação ao Estado e preserva, assim, as liberdades públicas.

Resposta: "d". A letra "a" está errada, pois a CF/88 é classificada, quanto ao *modo de elaboração*, como dogmática. A letra "b" está errada, pois sugere

normas estruturais e fundamentais, no caso, o verdadeiro sentido material e não formal de Constituição. A letra "c" está errada, porque referidas normas devem ser classificadas como elementos de estabilização . A letra "e" está errada, pois a Constituição dirigente estabelece um projeto de Estado e, assim, não tem caráter negativo nem espera a inação estatal.

26. (Juiz Federal — TRF1 — CESPE/UnB/2009) Assinale a opção correta acerca do conceito, da classificação e dos elementos da constituição.

a) Segundo a doutrina, os elementos orgânicos da constituição são aqueles que limitam a ação dos poderes estatais, estabelecem as balizas do estado de direito e consubstanciam o rol dos direitos fundamentais.
b) No sentido sociológico, a constituição seria distinta da lei constitucional, pois refletiria a decisão política fundamental do titular do poder constituinte, quanto à estrutura e aos órgãos do Estado, aos direitos individuais e à atuação democrática, enquanto leis constitucionais seriam todos os demais preceitos inseridos no documento, destituídos de decisão política fundamental.
c) Na acepção formal, terá natureza constitucional a norma que tenha sido introduzida na lei maior por meio de procedimento mais dificultoso do que o estabelecido para as normas infraconstitucionais, desde que seu conteúdo se refira a regras estruturais do Estado e seus fundamentos.
d) Considerando o conteúdo ideológico das constituições, a vigente Constituição brasileira é classificada como liberal ou negativa.
e) Quanto à correspondência com a realidade, ou critério ontológico, o processo de poder, nas constituições normativas, encontra-se de tal modo disciplinado que as relações políticas e os agentes do poder se subordinam às determinações de seu conteúdo e do seu controle procedimental.

Resposta: "e".

27. (TRF-5 — CESPE/UnB/2009) Acerca do conceito, dos elementos e da classificação da CF, do poder constituinte e da hermenêutica constitucional, assinale a opção correta:

a) De acordo com o princípio da força normativa da Constituição, defendida por Konrad Hesse, as normas jurídicas e a realidade devem ser consideradas em seu condicionamento recíproco. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Para ser aplicável, a CF deve ser conexa à realidade jurídica, social e política, não sendo apenas determinada pela realidade social, mas determinante em relação a ela.
b) Segundo Kelsen, a CF não passa de uma folha de papel, pois a CF real seria o somatório dos fatores reais do poder. Dessa forma, alterando-se essas forças, a CF não teria mais legitimidade.
c) A CF admite emenda constitucional por meio de iniciativa popular.
d) Segundo Pedro Lenza, os elementos limitativos da CF estão

consubstanciados nas normas constitucionais destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas.

e) Constituição rígida é aquela que não pode ser alterada.

Resposta: “a”. A ideia de força normativa é retomada no *item 3.6.6* . De fato, conforme anota Hesse, “... a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*). (...). A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade...”. A *letra “b”* está errada, pois Kelsen adotou o sentido jurídico de Constituição. A *letra “c”* está errada na medida em que os legitimados para o encaminhamento de PEC (*Proposta de Emenda à Constituição*) estão taxativamente previstos no art. 60, não incluindo a iniciativa popular. Assim, a previsão não é expressa. Contudo, defendemos, por um processo hermenêutico, a sua possibilidade (cf. *item 9.13.3.4.4*). A *letra “d”* está errada, pois, conforme escrevemos na parte teórica, trata-se dos elementos de estabilização constitucional (cf. *item 2.4*). A *letra “e”* está errada, visto que a Constituição rígida pode ser alterada. O ponto é que a alteração exige um processo mais árduo, mais solene e mais dificultoso do que o processo de alteração das demais espécies normativas.

28. (TJM/SP/2007/VUNESP) Assinale a alternativa correta:

a) A Constituição do Império foi outorgada pela metrópole, e previa Estado unitário, três Poderes e religião estatal.

b) A Constituição editada em 25 de março de 1824 não adotava o Catolicismo como religião oficial.

c) A Constituição republicana de 1891 foi outorgada pelo Presidente da República, adotou o regime presidencialista, e previa Estado federado, três Poderes e estado confessional.

d) A Constituição de 1937 foi outorgada pelo Congresso Nacional, previa Estado unitário, três Poderes com acentuado fortalecimento do Executivo e autorização para edição de Decretos-lei pelo Presidente da República.

e) A Constituição de 1946 foi promulgada, previa Estado federado, reorganizou os direitos e garantias individuais e vigorou, com as respectivas Emendas, até a promulgação da Constituição de 1967, esta última oriunda de projeto apresentado pelo governo e votada sob o procedimento estabelecido pelo Ato Institucional n. 4.

Resposta: “e”. A letra “a” está errada pois havia, além dos três Poderes, o

Poder Moderador. A letra "b" está errada pois, ao contrário do afirmado, o Catolicismo era a religião oficial do Estado (aliás, foi a única que estabeleceu uma religião oficial). A letra "c" está errada pois o texto de 1891 foi promulgado e o Estado era não confessional. A letra "d" está errada pois a outorga foi pelo agente revolucionário, o ditador (e não pelo Congresso Nacional) e, ainda, a previsão formal era de um Estado federal (e não unitário), porém, conforme vimos, tratava-se de federalismo meramente nominal.

29. (Magistratura/TRF5/2007) Julgue os próximos itens, relacionados à evolução do constitucionalismo brasileiro.

I. O prenúncio da redemocratização do Brasil foi, em 1984, o movimento civil Diretas Já, de reivindicação por eleição presidencial direta no Brasil, a qual se concretizou na aprovação, com expressiva votação pelo Congresso Nacional, da proposta de Emenda Constitucional Dante de Oliveira, que permitiu a volta dos civis ao poder e a subsequente eleição de Tancredo Neves.

II. Na Constituição de 1891, adotou-se como forma de governo para o país a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e consagrou-se a dualidade da justiça, a federal e a estadual, além de se instituir o STF.

III. Fruto das revoluções de 1930 e 1932 e espelhando as grandes transformações do século XX, especialmente o fim da 1.ª Guerra Mundial, a Constituição de 1934 foi simplesmente desconsiderada pelo golpe de Estado de 1937 e pela outorga, por Getulio Vargas, da nova Carta política, que, de inspiração fascista, teve como autor principal Francisco Campos.

IV. A Constituição de 1946 era muito parecida com a de 1934 devido à coincidência de fatores políticos que marcaram a sua elaboração: a de 1934 constituiu forte reação à República Velha, e a de 1946, às tendências ditatoriais. Portanto, ambas, pode-se dizer, tiveram inspiração democrática.

V. A Constituição de 1967 foi emendada em 1969 pelo Congresso Nacional, mantendo-se, pelo menos formalmente, as eleições presidenciais pelo sistema do sufrágio universal e o voto direto e secreto.

Resposta: I-E — conforme estudado na parte teórica, de fato, a PEC Dante de Oliveira propunha as eleições diretas e despertou o movimento "Diretas Já". Contudo, como se estudou, referida PEC foi rejeitada, sendo a eleição do primeiro civil após 20 anos de ditadura — Tancredo Neves —, indireta, pelo Colégio Eleitoral; II-C; III-C; IV-C; V-E — conforme estudamos, a EC n. 1/69 foi outorgada por uma Junta Militar, já que o Congresso Nacional estava fechado.

30. (AGU/Procurador Federal/CESPE/UnB/2007) A história constitucional do Brasil, de conhecimento indispensável a quem busca estudar nossas instituições políticas e sociais, representa um

dos mais profundos mergulhos na compreensão do passado nacional. O exame e a análise dos sucessos políticos e das raízes institucionais do país hão de trazer sempre luz para o entendimento da realidade contemporânea, na qual os acontecimentos transcorrem com a velocidade da crise e fazem, não raro, extremamente difícil a percepção das causas que de imediato devem ser removidas, em escala prioritária, a fim de se poder fazer estável e seguro o destino da Nação e a preservação de sua unidade (Paulo Bonavides e Paes de Andrade. História constitucional do Brasil . Brasília: OAB Editora, 2002 — com adaptações). Julgue os itens subsequentes, que tratam da evolução constitucional no Brasil:

a) A CF trouxe grandes avanços na área dos direitos e das garantias fundamentais, atestando a modernidade e fazendo do racismo e da tortura crimes inafiançáveis, estabelecendo o *habeas data* e reforçando a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais, e restituindo ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar.

b) O período constitucional do Império foi o período da história brasileira em que o poder mais se apartou da Constituição formal, a qual teve baixo grau de eficácia e pouca presença na consciência dos dirigentes do país. Exemplo disso foi a não utilização da Constituição como instrumento para se solucionar a questão da escravidão no Brasil.

Resposta: item a — “certo”: cf. art. 4.º, VIII, e art. 5.º, XLII, III e XLIII; item b — “certo”.

31. (PGE-PI/CESPE/UnB/2008) Considerando a evolução constitucional no Brasil, assinale a opção correta:

a) A Constituição de 1937 trouxe diversos avanços no campo do controle de constitucionalidade das normas, conferindo ao STF amplos poderes para exercer o controle abstrato e concreto de constitucionalidade.

b) A Constituição de 1988 ampliou o rol de direitos e garantias individuais, prevendo, pela primeira vez, nas constituições brasileiras, o mandado de segurança e a ação popular.

c) Uma das inovações trazidas pela Constituição brasileira de 1891 foi a divisão do território brasileiro em estados e a ampla liberdade de culto, com o fim do catolicismo como religião oficial do Estado.

d) A Constituição de 1934 ficou marcada pela sua longa duração e pelo seu cunho autoritário, que permitiu a concentração de poderes nas mãos do chefe do Poder Executivo.

e) Entre as principais características da Constituição de 1967, pode-se citar o aprimoramento da Federação brasileira, com a descentralização de competências e o fortalecimento do princípio da separação dos poderes.

Resposta: “c”. *Vide* parte teórica.

32. (FCC — 2010 — MPE-SE — Analista — Direito) Considerando a evolução constitucional do Brasil, analise:

I. A Constituição do Estado Novo (1937) não contemplava os princípios da legalidade e da retroatividade das leis, assim como não previa o mandado de segurança.

II. A Constituição Republicana (1891) instituiu a forma federativa de Estado atribuindo-lhe a competência remanescente e fortaleceu os direitos individuais como a garantia do *habeas corpus* .

III. A Constituição de 1967, inspirada na Carta de 1934, ostentou forte tendência à descentralização político-administrativa da União com ampliação dos direitos individuais, especialmente do direito de propriedade.

IV. A Constituição de 1946 deu ao Brasil a forma de Estado unitário com intensa centralização político-administrativa e em matéria de direitos fundamentais previu o *habeas data* e o mandado de injunção.

Nesses casos, está correto o que consta APENAS em

a) II, III e IV.
b) I e III.
c) II e IV.
d) I e II.
e) I, III e IV.

Resposta: "d". *Vide* parte teórica.

33. (TJ/MA — Titular de Serviços de Notas e de Registros — IESES/2008) Assinale a alternativa INCORRETA:

a) A Constituição de 1934 foi promulgada, ao passo que a de 1937 foi outorgada.
b) A Constituição de 1891 foi promulgada.
c) Das Constituições brasileiras, as duas primeiras eram semirrígidas.
d) A Constituição de 1824 era semirrígida, já que previa a alteração de uma parte pelos chamados meios ordinários.

Resposta: "c". Conforme vimos na parte teórica, a única Constituição semirrígida no constitucionalismo brasileiro foi a de 1824 , sendo as demais rígidas, ou seja, com um procedimento mais árduo e mais solene para a alteração.

34. (Defensoria Pública/SP — 2010) A "Constituição Dirigente" determina tarefas, estabelece metas e programas e define fins para o Estado e para a sociedade. Nesse modelo:

a) são insindicáveis as políticas públicas no que se refere aos meios necessários para atingi-las, pois é nesse aspecto que reside a discricionariedade do Governante;
b) não se aplica o controle de constitucionalidade das políticas governamentais, pois o Poder Judiciário não tem legitimidade, nem

atribuição sem que se viole a separação de poderes;

c) não cabe controle de constitucionalidade de “questões políticas” desde a Constituição de 1934 que expressamente vedava ao Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas;

d) é cabível juízo de constitucionalidade de políticas públicas que podem ser consideradas incompatíveis com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado;

e) não é suscetível de controle de constitucionalidade as normas de caráter programático que integram o núcleo político da Constituição, mas não o normativo.

Resposta: “d”.

35. (87.º Concurso — MP/SP) Quanto ao grau de sua alterabilidade ou mutabilidade, as Constituições Federais se classificam em:

a) flexíveis, rígidas, semirrígidas ou semiflexíveis, e super-rígidas;

b) promulgadas, outorgadas, cesaristas e pactuadas;

c) analíticas e sintéticas;

d) escritas e costumeiras;

e) rígidas e super-rígidas.

Resposta: “a”.

36. (Procurador Jurídico da USP/FUVEST — 2011) Sobre as denominadas constituições heterônomas ou heteroconstituições, é correto afirmar que:

a) são constituições formuladas por Assembleias Constituintes eleitas pelo voto popular com esta única e exclusiva missão.

b) consistem em constituições inorgânicas que, além de seus textos normativos, têm em sua composição tratados e convenções internacionais devidamente incorporados pelo Poder Legislativo ao ordenamento interno.

c) são constituições destituídas de origem democrática, impostas unilateralmente mediante o uso da força pelos detentores do poder.

d) são constituições decretadas externamente ao próprio Estado por outros países, ou ainda por organizações internacionais.

e) se caracterizam por disciplinar, além da organização política do Estado e dos direitos fundamentais, questões relacionadas a diversas outras áreas do direito.

Resposta: “d”. *Vide* parte teórica.

[1] *Curso de direito constitucional positivo* , p. 40.

[2] Para um estudo mais detalhado da matéria *vide capítulo 4* , sobre o Poder Constituinte.

[3] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo* , p. 41.

[4] Michel Temer, *Elementos de direito constitucional* , p. 20.

[5] *Elementos de direito constitucional* , p. 19.

[6] Constituição histórica em Kelsen, explica Fábio Ulhoa Coelho, “será aquele texto fundamental cuja elaboração não se encontra prevista em nenhuma disposição normativa anterior; aquele cujos editores não foram investidos de competência por nenhuma outra norma jurídica. Para nos valermos da expressão de Kelsen, a primeira Constituição histórica deriva da *revolução* na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nesta ordem, mas inaugura uma nova” (*Para entender Kelsen* , p. 31).

[7] J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional* , p. 58-59, e importante discussão do tema nas páginas 58-79.

[8] J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional* , p. 77-78.

[9] J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição* , 7. ed., p. 1339.

[10] Dalmo de Abreu Dallari conceitua o Estado como “ *a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território* . Nesse conceito se acham presentes todos **os elementos que compõem o Estado** , e só esses elementos. A noção de **poder** está implícita na de **soberania** , que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao **bem comum** , com a vinculação deste a um certo **povo** e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado **território** ” (*Elementos de teoria geral do Estado* , 23. ed., p. 118).

[11] Sobre essa perspectiva e também a ampliação do conceito através da noção de bloco de constitucionalidade, cf. *item 6.7.1.3* .

[12] Referido tema foi exigido, dentre outros, no edital do **IV Concurso para ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo** (2010). A apresentação se dará de acordo com o trabalho: Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica* , Col. Justiça e Direito, passim.

[13] Marcelo Neves, op. cit., passim.

[14] Marcelo Neves, op. cit., p. 1.

[15] Marcelo Neves, op. cit., p. 23 (grifamos).

[16] Marcelo Neves, op. cit., p. 34.

[17] Marcelo Neves, op. cit., p. 35.

[18] Marcelo Neves, op. cit., p. 39-40.

[19] Marcelo Neves, op. cit., p. 40-41.

[20] Marcelo Neves, op. cit., p. 41.

[21] Marcelo Neves, op. cit., p. 42.

[22] Marcelo Neves, op. cit., p. 65.

[23] Marcelo Neves, op. cit., p. 90-101.

[24] Marcelo Neves, op. cit., p. 142.

[25] Marcelo Neves, op. cit., p. 176.

[26] Marcelo Neves, op. cit., p. 188-189.

[27] Écio Oto Ramos Duarte, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico* , p. 24.

[28] Por esse motivo, alguns autores classificam as **cesaristas** como **Constituições bonapartistas** (por se tratar de um método utilizado por *Napoleão Bonaparte* nos referidos plebiscitos napoleônicos) (cf. R. C. Chimenti, F. Capez, M. F. E. Rosa, M. F. Santos, *Curso de direito constitucional* , 6. ed., p. 9).

[29] *Curso de direito constitucional positivo* , 17. ed., p. 44 — original sem grifos.

[30] R. C. Chimenti, F. Capez, M. F. E. Rosa, M. F. Santos, *Curso de direito constitucional* , 6. ed., p. 9.

[31] *Constituição Federal anotada* , p. 9.

[32] Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional* , 9. ed., p. 72.

[33] R. C. Chimenti, F. Capez, M. F. E. Rosa, M. F. Santos, *Curso de direito constitucional* , 2004, p. 9.

[34] Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional* , 21. ed., p. 84. Para aprofundamento da matéria, por todos, René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* , p. 331-355.

[35] Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional* , 21. ed., p. 84-85.

[36] Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional* , 10. ed., p. 66.

[37] Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional* , 21. ed., p. 91.

[38] Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional* , 9. ed., p. 74.

[39] J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional* , p. 105-106.

[40] *Curso de direito constitucional,* p. 19.

[41] *Elementos de direito constitucional* , p. 26.

[42] *Curso de direito constitucional* , p. 4.

[43] *Curso de direito constitucional positivo* , p. 42-43.

[44] *Direito constitucional* , p. 37.

[45] *Curso de direito constitucional* , p. 12.

[46] *Curso de direito constitucional* , p. 12. **CUIDADO:** em outro sentido, *Raul Machado Horta* considera a Constituição brasileira de 1988 **plástica** , na medida em que permite o preenchimento das regras constitucionais pelo legislador infraconstitucional. Assim, o conceito de Constituição plástica para Pinto Ferreira (em seu entender, aquelas flexíveis — critério quanto à alterabilidade) não é o mesmo para Raul Machado Horta. Para este último, "a Constituição plástica estará em condições de acompanhar, através do legislador ordinário, as oscilações da opinião pública e da vontade do corpo eleitoral. A norma constitucional não se distanciará da realidade social e política. A Constituição normativa não conflitará com a Constituição real. A coincidência entre a norma e a realidade assegurará a duração da Constituição no tempo" (*Direito constitucional* , 4. ed., p. 211).

[47] Desenvolveremos melhor este tema quando tratarmos das emendas constitucionais, no *item 9.14.1* .

[48] *Direito constitucional* , 14. ed., p. 274-275.

[49] *Curso de direito constitucional* , 2. ed., p. 45.

[50] Como observa Celso Bastos, "... hoje em dia já se toma por absurdo que um Texto Constitucional se pretenda perpétuo, quando se sabe que é destinado a regular a vida de uma sociedade em contínua mutação..." (*Curso de direito constitucional,* p. 51).

[51] *Direito constitucional* , 23. ed., p. 10.

[52] Taxação dos inativos — **"princípio da solidariedade"** (ADI 3.105/DF e ADI 3.128/DF, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, 18.8.2004).

[53] Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional* , p. 13.

[54] Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional* , 21. ed., p. 88.

[55] J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição* , 7. ed.,

p. 218. Barroso também percebe essa dialética, salientando o equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho. Destaca, de um lado, a **livre-iniciativa** e, de outro, regras de **intervenção do Estado no domínio econômico** , havendo contemplação de direitos sociais dos trabalhadores e restrições ao capital estrangeiro (cf. Luís Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional* , p. 11-12).

[56] Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional* , 10. ed., p. 13.

[57] Guilherme Peña de Moraes, *Curso de direito constitucional* , 2. ed., p. 69.

[58] Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica* , p. 101-110. Sobre a temática da constitucionalização simbólica, cf. *item 2.2* .

[59] *Curso de direito constitucional* , 2. ed., p. 67, destacando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo* , 2000, p. 81.

[60] Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional* , 5. ed., 2003, t. II, p. 108.

[61] Miguel Galvão Teles, *Constituição* , in *Verbo* , V, p. 1500, apud Jorge Miranda, *Manual* ..., t. II, 5. ed., 2003, p. 96.

[62] Jorge Miranda, op. cit., p. 96-97.

[63] Jorge Miranda, op. cit., p. 97.

[64] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional* , 34. ed., p. 14-15.

[65] *Curso de direito constitucional* , 6. ed., p. 74.

[66] *Direito constitucional* , 4. ed., p. 207-210.

[67] Luiz Sales do Nascimento, *Direito constitucional comparado* : pressupostos teóricos e princípios gerais, *passim* .

[68] J. H. Meirelles Teixeira, por exemplo, vislumbrava quatro categorias de elementos, a saber: **orgânicos, limitativos, programático-ideológicos** e **formais** ou de **aplicabilidade** (*Curso de direito constitucional* , p. 183-184).

[69] *Curso de direito constitucional positivo* , p. 44-45.

[70] Este tema passou a ser inserido nos programas dos editais das provas mais recentes e consta, inclusive, no Edital de 28.12.2007 do Concurso de admissão à *Carreira de Diplomata* .

[71] Sem contar os meses e dias.

[72] 15.11.1889 — instalação do Governo Provisório da República.

[73] Conforme se verá no *item 2.5.4* , a chamada *República Velha* tem o seu

fim com a *Revolução de 1930* , que instituiu, por meio de uma Junta Militar, o Governo Provisório, nos termos do **Decreto n. 19.398, de 11.11.1930** , levando Getúlio Vargas ao poder, perdurando até a promulgação do texto de 1934.

[74] Em razão de seu caráter revolucionário, posicionamo-nos no sentido de considerar a **EC n. 1/69** um novo **poder constituinte originário** .

[75] Até o fechamento dessa edição em 02.02.2012.

[76] Nesse sentido e para aprofundar a evolução histórica do Município Neutro e do Distrito Federal, cf. Vitor Fernandes Gonçalves, *O controle de constitucionalidade das leis do Distrito Federal* , p. 15-45.

[77] Conforme anota Celso Bastos, em determinado momento da monarquia, "... floresceu uma prática parlamentarista que acabou por implantar no País um regime que o texto frio da Constituição não autorizava, mas ao contrário vedava. A monarquia esteve, portanto, muito ligada ao sistema parlamentar. Inspirou-se muito no regime inglês e no século XIX, sem falar na própria Inglaterra, que foi a *alma mater* do regime representativo..." (*Curso de direito constitucional* , 21. ed., p. 102).

[78] Afonso Arinos de Melo Franco, *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal* , p. 28.

[79] Afonso Arinos de Melo Franco, op. cit., p. 28-29.

[80] Como anotou Celso Bastos, "o liberalismo tem por ponto central colocar o homem, individualmente considerado, como alicerce de todo o sistema social" (*Curso de direito constitucional* , 21. ed., p. 98).

[81] Nesse sentido, cf. Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional* , 10. ed., p. 50.

[82] Destacamos, anteriormente, apenas para recordar, a Lei n. 2.040, de 28.09.1871 ("Lei do Ventre Livre"), que assegurou a condição de livres aos filhos da mulher escrava, bem como a "Lei dos Sexagenários", que tornou livres, a partir de 1885, os escravos com idade igual ou superior a 65 anos.

[83] Segundo José Afonso da Silva, o Distrito Federal tem origem histórica no federalismo norte-americano, nos termos do art. 1.º da Seção 8, n. 17, da Constituição americana de 1787. Isto porque "... a autonomia das entidades federativas regionais entre si e em relação à União e do governo desta em face daquelas exigiu que a sede do governo federal se localizasse em território sujeito à sua própria jurisdição. Foi assim que surgiu o *Distrito Federal* , como mais uma inovação da história constitucional dos Estados Unidos..." (*Comentário contextual à Constituição* , 2. ed., p. 318 — comentários ao art. 32).

[84] Para informações históricas sobre o período republicano da política brasileira e a galeria dos Presidentes, cf.: <http://www.presidencia.gov.br/info_historicas/>.

[85] Convém lembrar que o Decreto n. 774, de 20.09.1890, expedido durante o Governo Provisório da República, já havia: *a*) abolido a pena de galés; *b*) reduzido a 30 anos as penas perpétuas; *c*) mandado computar a prisão preventiva na execução; *d*) estabelecido a prescrição das penas. Destacamos, também, os "considerandos" que apontam avanços em termos de direitos humanos, explicando, ainda, o conceito de pena de galés: "Que as penas cruéis, infamantes ou inutilmente aflitivas não se compadecem com os princípios da humanidade, em que no tempo presente se inspiram a ciência e a justiça sociais, não contribuindo para a reparação da ofensa, segurança pública ou regeneração do criminoso; Que as galés impostas pelo código criminal do extinto império obrigando os réus a trazerem *calceta* no pé e corrente, infligem uma tortura e um estigma, enervam as forças físicas e abatem os sentimentos morais, tornam odioso o trabalho, principal elemento de correção, e destroem os estímulos da reabilitação; Que a Constituição da República, embora ainda não em vigor nesta parte, já determinou a abolição dessa pena; Que a penalogia moderna reprova igualmente a prisão perpétua; Que a justiça penal tem limite na utilidade social, devendo cessar, ainda depois da condenação e durante a execução, a pena abolida pelo poder público; Que urge, enquanto não é publicado e posto em execução o novo Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, remediar excessivos rigores da legislação criminal vigente, entre os quais a imprescritibilidade da pena, decreta...".

[86] Conforme anota Carlos Fernando Mathias de Souza, "eram as seguintes as **penas** do Código de 1830: **de morte pela forca** (art. 38), inadmitindo rigores na execução (art. 61), aplicada contra cabeças de insurreição (arts. 113 e 114) e em determinadas hipóteses de homicídios, é dizer-se, em função de determinadas circunstâncias (arts. 192 e 271). A **pena de galés** , que era aplicada como comutação da pena de morte ou (em grau mínimo) para os crimes de perjúrio, pirataria ou de ofensa física irreparável da qual resultasse aleijão ou deformidade. Os punidos com ela deviam andar com calceta no pé e corrente de ferro, além de serem obrigados a trabalhos públicos. A **pena de prisão** era estabelecida para a quase que totalidade dos crimes. A de banimento consistia em autêntica *capitis diminutio* do *status civitatis* posto que privava o condenado dos seus direitos de cidadão, além de impedi-lo de residir no território do império. É curioso, contudo, observar que não se encontra no Código qualquer crime para o qual fosse estabelecida tal pena. Outra pena, a de **degredo** , obrigava o punido a residir em determinado lugar e por certo tempo (art. 51) e estava cominada para

réus que cometessem estupro de parente em grau em que não fosse admitida dispensa para o casamento (art. 221) ou para quem sem legitimidade ou investidura legal exercesse comando militar ou conservasse a tropa reunida abusivamente (art. 141). A **pena de desterro** , que consistia na saída do condenado do local onde foi praticado o delito, do de sua principal residência e do ofendido, era aplicada nas hipóteses de conspiração, abuso de autoridade, crime de estupro e de sedução de mulher com menos de dezessete anos. A **perda de exercício dos direitos políticos** era uma espécie de **pena acessória** , aplicada enquanto durassem os efeitos da condenação às galés, à prisão, ao degredo ou ao desterro — (art. 53). A **pena de perda do emprego (público)** destinava-se aos funcionários que cometessem os crime de prevaricação, de peita, de excesso ou abuso de autoridade, dentre outros. Já a **pena de suspensão de emprego** era estabelecida para as hipóteses, por exemplo, da prática de concussão". A **pena de açoites** só podia ser aplicada aos escravos e desde que não condenados à pena capital, ou de galés, ou ainda por crime de insurreição. Lembre-se que havia, ainda, a **pena de multa** , que, obviamente, consistia no pagamento de pecúnia e era aplicada aos condenados à pena maior, quer por crimes públicos, particulares ou policiais (cf.: <http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/carlos_mathias/anterior_16.htm>; acesso em: 28.11.2007).

[87] Celso Bastos, *Curso de direito constitucional* , 21. ed., p. 110.

[88] Conforme anota, com razão, Pinto Ferreira, "provavelmente a revolução não teria eclodido na época se não fosse a sucessão presidencial. Washington Luís forçou a sucessão em favor de Júlio Prestes, candidato de São Paulo, quando Antônio Carlos pleiteava a sucessão apoiado por Minas Gerais. De acordo com o esquema de controle da presidência ('política do café com leite', acrescente-se), São Paulo e Minas se revezavam mutuamente. Washington Luís não atendeu a essa pretensão, o que acelerou a revolução.

Esta propagou-se rapidamente, com o apoio do povo, dos estudantes, dos operários e das Forças Armadas, estas últimas depondo o presidente em 24.10.1930, e compondo-se uma junta governativa provisória (...). A junta transmitiu o governo ao candidato derrotado eleitoralmente, o Sr. Getulio Vargas, em 03.11.1930. Logo em seguida, foi expedida a Lei Orgânica do Governo Provisório, pelo Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, a fim de organizar a nova República" (*Curso de direito constitucional* , 10. ed., p. 54).

[89] Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* : limites e possibilidades da Constituição brasileira, 8. ed., p. 14-19.

[90] Conforme anota Zimmermann, "ainda que tenha se revelado um completo

fracasso do ponto de vista militar (os seus líderes foram presos pelas forças governistas), a Revolução de 1932 foi um sucesso absoluto do ponto de vista político, porque Getulio se sentiu forçado a consentir na elaboração de uma nova Constituinte, em 1933, que marcaria o retorno à normalidade constitucional" (Augusto Zimmermann, *Curso de direito constitucional* , 4. ed., p. 205).

[91] Apenas por curiosidade, destacamos que a potiguar *Celina Guimarães Vianna* , da cidade de Mossoró, foi a primeira eleitora do Brasil.

[92] José Afonso da Silva, *Processo constitucional de formação das leis* , 2. ed., p. 74.

[93] Nesse sentido, nos termos do art. 23, § 3.º, os Deputados das profissões serão eleitos na forma da lei ordinária por sufrágio indireto das associações profissionais compreendidas para esse efeito, e com os grupos afins respectivos, nas quatro divisões seguintes: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos.

[94] Conforme Celso Bastos explica, "era como que a reconstituição do Poder Moderador do Império, transformado em órgão supremo do Estado. Marcelo Caetano vê nele semelhanças com o Senado Conservador das Constituições francesas do ano VIII e do ano X" (*Curso de direito constitucional* , p. 114).

[95] Muito embora o texto de 1824 falasse em ação popular nos termos do art. 157 ("por suborno, peita, peculato, e concussão, haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei"), parece que esta se referia a certo caráter disciplinar ou mesmo penal. Assim, concordamos com Mancuso que o texto de 1934 foi "o primeiro texto constitucional que lhe deu guarida" (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular* , 4. ed., p. 52). Cf. interessante evolução histórica do instituto trazida por José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional* , p. 28-39.

[96] Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* , p. 23.

[97] Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* , p. 24. Também nesse sentido, Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional* , 10. ed., p. 57.

[98] O Texto de 1946 sofreu 21 emendas constitucionais, 4 Atos Institucionais e 37 Atos Complementares.

[99] Celso Bastos, *Curso de direito constitucional* , 21. ed., p. 134.

[100] Celso Bastos, *Curso de direito constitucional* , 21. ed., p. 134 (grifamos).

[101] Como anota Bastos, “o AI-5 marca-se por um autoritarismo ímpar do ponto de vista jurídico, conferindo ao Presidente da República uma quantidade de poderes de que muito provavelmente poucos déspotas na história desfrutaram, tornando-se marco de um novo surto revolucionário, dando a tônica do período vivido na década subsequente” (*Curso de direito constitucional* , p. 136).

[102] Pedimos vênia para reproduzir os “considerandos” da EC n. 1/69, que, *sinistramente* , buscava justificar o **ato autoritário** baixado pela Junta Militar: “Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3.º do AI-16, de 14.10.1969, combinado com o § 1.º do artigo 2.º do AI-5, de 13.12.1968, e *considerando* que, nos termos do Ato Complementar n. 38, de 13.12.1968, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional; *considerando* que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme o disposto no § 1.º do art. 2.º do AI-5, de 13.12.1968; *considerando* que a elaboração de emendas à Constituição, compreendida no processo legislativo (artigo 49, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal; (...), *promulgam* a seguinte Emenda à Constituição de 24 de janeiro de 1967: Art. 1.º A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação...”.

[103] Esse momento faz surgir no País o ufanismo (orgulho exacerbado pelo Brasil; patriotismo excessivo), percebido em frases como: “Brasil, ame-o ou deixe-o”.

[104] Sobre o assunto, cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante* , p. 313-324. A avocatória não foi mantida no texto de 1988, devendo eventual pedido feito antes do advento da CF/88 ser julgado prejudicado. Nesse sentido, cf. PAv-QO 16/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 12.10.1988, Pleno, *DJ* de 25.11.1988, p. 31055. “Avocação de causas a requerimento da Procuradoria-Geral da República. Pedido fundado no art. 119, I, ‘o’ da CF de 1967, c/ a redação das Emendas 1/69 e 7/77. Liminar deferida pelo presidente do STF e prorrogada pelo relator. Superveniência da CF de 5.10.1988, que não previu o instituto da avocatória para o STF ou para qualquer outro tribunal. Extinção do instituto político-processual. Pedido que se julga prejudicado, em questão de ordem, com revogação da medida liminar”. Também, como anota Gilmar Ferreira Mendes, a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela EC n. 3/93 à CF/88, não deve ser confundida com a avocatória do regime totalitário. Isto porque “... *a*) a competência do STF será originária e não decorrencial; *b*) os motivos para sua proposição serão ‘jurídicos’ e não meramente ‘políticos’; *c*) não haverá interferência direta nas decisões de 1.ª instância suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos,

mas decisão definitiva sobre a questão suscitada" (A ação declaratória, in I. G. da S. Martins e G. F. Mendes, *Ação declaratória de constitucionalidade* , p. 82).

[105] Como anota Celso Bastos, "mantêm-se, todavia, a lei de segurança nacional (Lei n. 6.620, de 17.12.1978, acrescente-se), os 'biônicos' e a Lei Falcão. Sem embargo, não se concede a reclamada anistia geral. De outra parte, fica autorizada a decretação de estado de emergência e das medidas de emergência" (*Curso de direito constitucional* , p. 143).

[106] Segundo José Afonso da Silva, "em verdade, a EC n. 26, de 27.11.85, ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte, constitui, nesse aspecto, um ato político. Se convoca a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituirá a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político" (*Curso de direito constitucional positivo* , 27. ed., p. 87).

[107] Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* , p. 41-42.

[108] Prezado leitor, conferir se não há alguma emenda nova!

[109] Cf. o nosso *Teoria geral da ação civil pública* , 2. ed., *passim* .

[110] Amigo *concurseiro* , no momento da leitura checar se referida ADI já foi apreciada pelo STF. Cf. *Notícias STF* de 21.08.2007, 18:44hs. Lembramos, também, que a **LC n. 80/94** , que organiza a Defensoria Pública da União, do DF e dos Territórios, e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, ao ser modificada pela **LC n. 132/2009** , passou a estabelecer, em seu art. 4.º, VII, que são **funções institucionais** da Defensoria Pública, dentre outras, promover **ação civil pública** e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos **quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes** . Esse tema é por nós desenvolvido no *item 12.6.6.9* .

[111] *Curso de direito constitucional positivo* , 17. ed., p. 47.

3

HERMENÊUTICA: MUTAÇÃO *X* REFORMA. REGRAS *X* PRINCÍPIOS. "DERROTABILIDADE". POSTULADOS NORMATIVOS. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO. ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO

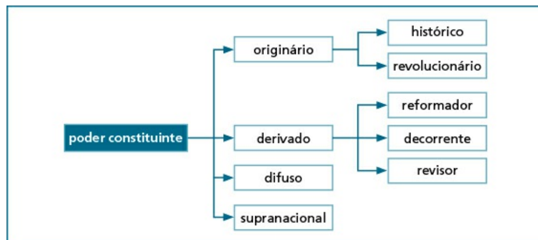
■ 3.1. MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS *VERSUS* REFORMAS CONSTITUCIONAIS

Neste tópico restringiremos a apresentação a alguns aspectos básicos,

4

PODER CONSTITUINTE

■ 4.1. ESQUEMA GERAL



■ 4.2. CARACTERÍSTICAS

O poder constituinte pode ser conceituado como o poder de elaborar (e neste caso será originário) ou atualizar uma Constituição, mediante supressão,

5

EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

■ 5.1. EFICÁCIA JURÍDICA E EFICÁCIA SOCIAL

Como regra geral, todas as normas constitucionais apresentam **eficácia**, algumas **jurídica** e **social** e outras apenas **jurídica**.

Michel Temer observa que a "*eficácia social* se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. *Eficácia jurídica*, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam". [1]

As normas constitucionais, segundo José Afonso da Silva, podem ser de eficácia: **plena** , **contida** e **limitada** . Vejamo-las. [2]

■ 5.2. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA

Normas constitucionais de **eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral** são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional (situação esta que pode ser observada, também, na hipótese de introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º). Como regra geral criam órgãos ou atribuem aos entes federativos competências. Não têm a necessidade de ser integradas. Aproximam-se do que a doutrina clássica norte-americana chamou de normas autoaplicáveis (*self-executing, self-enforcing ou self-acting*).

José Afonso da Silva destaca que as **normas constitucionais de eficácia plena** "... são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da Constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis". [3]

Como exemplo, lembramos os arts. 2.º; 14, § 2.º; 17, § 4.º; 19; 20; 21; 22; 24; 28, *caput* ; 30; 37, III; 44, parágrafo único; 45, *caput* ; 46, § 1.º; 51; 52; 60, § 3.º; 69; 70; 76; 145, § 2.º; 155; 156; 201, §§ 5.º e 6.º (cf. AI 396.695-AgR, *DJ* de 06.02.2004); 226, § 1.º; 230, § 2.º (gratuidade de transporte coletivo urbano para os maiores de 65 anos — cf. ADI 3.768, *DJ* de 26.10.2007), todos da CF/88. Abaixo, pedimos vênia para destacar o importante reconhecimento, pelo STF, da autonomia da Defensoria Pública Estadual, nos termos da *Reforma do Poder Judiciário* :

> "Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2.º, inciso IV, 'c', da Lei n. 12.755, de 22 de março de 2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da Defensoria Pública estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2.º, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/04: inconstitucionalidade declarada. A EC 45/04 outorgou expressamente **autonomia funcional e administrativa** às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2.º): donde, ser **inconstitucional** a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado. A norma de autonomia inscrita no **art. 134, § 2.º** , da Constituição Federal pela EC 45/04 é de **eficácia plena e aplicabilidade imediata** , dado ser a Defensoria Pública um

6

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

6.6.3. Controle difuso nos tribunais e a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF/88)

6.6.3.1. Regras gerais

Observadas as regras do processo civil, a parte sucumbente poderá devolver a análise da matéria ao tribunal *ad quem* (nessa hipótese estamos imaginando um processo que começou na primeira instância — juízo monocrático, sendo interposto recurso de apelação para o tribunal competente).

No tribunal competente, distribuído o processo para uma turma, câmara ou seção (depende da organização interna do tribunal a ser estabelecida em seu regimento interno), verificando-se que existe questionamento incidental sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, suscita-se uma **questão de ordem** e a análise da constitucionalidade da lei é remetida ao **pleno**, ou **órgão especial** do tribunal, para resolver aquela questão suscitada.

Nesse sentido é que o **art. 97 da CF/88** estabelece que somente pelo voto da **maioria absoluta** de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.[65] Temos aqui a chamada **cláusula de reserva de plenário**.

Questão interessante diz respeito à interpretação do referido art. 97 da CF, no sentido de ser ou não sempre necessária a apreciação pelo órgão especial ou pleno da **questão prejudicial**, qual seja, a realização do controle *incidenter tantum* de constitucionalidade da lei ou ato normativo pelos aludidos órgãos.

Conforme assevera Marcelo Caetano, citado pelo Ministro Celso de Mello (RE 190.725-8/PR), "... a exigência de maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto e, portanto, salte aos olhos de um grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado. Sendo atingida a majestade da lei a qual, em princípio, se beneficia da presunção de estar de acordo com a Constituição, é necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável e não brote de qualquer escassa maioria (...). Essa exigência, por outro lado, acautela contra uma futura variação de jurisprudência no mesmo Tribunal. Assim, a inconstitucionalidade tem de ser declarada pelos votos conformes de um número de juízes equivalente a metade e mais um dos membros do Tribunal ou do órgão competente nele formado".[66] e [67]

A regra do art. 97 destaca-se como verdadeira **condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder**

Público.[68] Nesse sentido, destacamos a **Súmula Vinculante n. 10/STF**:

> "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

No entanto, enaltecendo o **princípio da economia processual, da segurança jurídica** e na busca da desejada **racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira**, vem-se percebendo a inclinação para a dispensa do procedimento do art. 97 toda vez que já haja decisão do órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, o guardião da Constituição sobre a matéria.

De acordo com o Ministro Ilmar Galvão, "declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei, pela maioria absoluta dos membros de certo Tribunal, soaria como verdadeiro despropósito, notadamente nos tempos atuais, quando se verifica, de maneira inusitada, a repetência desmesurada de causas versantes da mesma questão jurídica, vinculadas à interpretação da mesma norma, que, se exigisse, em cada recurso apreciado, a renovação da instância incidental da arguição de inconstitucionalidade, levando as sessões da Corte a uma monótona e interminável repetição de julgados da mesma natureza" (RE 190.725-8/PR).[69]

Essa tendência foi confirmada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998, que, acrescentando um parágrafo único ao art. 481 do CPC, estabeleceu: "os órgãos fracionários dos tribunais (entenda-se Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções) não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamentos destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão", podendo, inclusive, referida ação ser, de plano, apreciada, conhecida e julgada pelo relator, na redação dada ao art. 557 e acréscimo de um § 1.º-A ao CPC pelo mesmo dispositivo legal.[70]

■ 6.6.3.2. A cláusula de reserva de plenário se aplica às Turmas do STF no julgamento de RE?

De acordo com o art. 9.º, III, do *RISTF*, é **competência das Turmas** (1.ª ou 2.ª) o julgamento de **recurso extraordinário**, que será distribuído a um Ministro e ficará atrelado à Turma em relação a qual o Ministro integra, ressalvadas as hipóteses regimentais de prevenção.

Apesar dessa regra geral, de acordo com o art. 11, I, do *RISTF*, a **Turma** remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de

nova pauta:

- quando considerar **relevante a arguição de inconstitucionalidade** ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento;
- quando, não obstante decidida pelo Plenário a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro **propuser** o seu **reexame**;
- quando algum Ministro propuser **revisão da jurisprudência** compendiada na Súmula.

Ainda, o art. 22, do *RISTF*, permite que o Relator **afete** a questão ao **Plenário** quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida, notadamente:

- quando houver matérias em que **divirjam** as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário;
- quando em razão da **relevância da questão jurídica** ou da necessidade de **prevenir divergência entre as Turmas** convier pronunciamento do Plenário.

Portanto, tendo como premissa que o julgamento do RE (e, assim, a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo) é de competência da Turma no STF, o encaminhamento do RE ao Plenário depende do preenchimento das hipóteses regimentais, e não, simplesmente, de requerimento da parte.

Por regra, então, de acordo com as normas regimentais, **a cláusula de reserva de plenário não se aplicada às Turmas do STF no julgamento do RE**, seja por não se tratar de "tribunal" no sentido fixado no art. 97 (e essa poderia ser uma justificação para não ficarmos apenas com o fundamento regimental), seja, tendo em vista ser função primordial e essencial da Corte a declaração de inconstitucionalidade, a possibilidade de afetação dessa atribuição aos seus órgãos fracionários, no caso, as Turmas.

Na atualidade, inclusive, observa-se, até dentro da ideia de *efetividade do processo* e *racionalização*, cada vez mais, a ampliação da competência das Turmas (*vide*, por exemplo, a *Emenda Regimental n. 45/2011*), tornando, assim, mais ágeis as decisões do Plenário, cujas sessões são realizadas apenas às quartas e quintas-feiras da semana.

Nesse sentido, pacífica é a jurisprudência do STF. Vejamos:

> "O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, **tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da CF**" (**RE 361.829-ED**, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.03.2010, 2.ª Turma, *DJE*

de 19.03.2010).

Embora esse posicionamento do STF, que, inclusive, já foi cobrado na prova do *MPF/2011*, entendemos, com o máximo respeito, violar a regra do art. 97.

Na prova, contudo, a orientação, ao menos em primeira fase, é adotar a interpretação do STF no precedente citado, qual seja, **a não aplicação da cláusula de reserva de plenário para o julgamento de RE pelas Turmas do STF**, até porque a Corte Suprema, em nosso ordenamento, é quem expressa a força normativa da Constituição.

6.6.3.3. A cláusula de reserva de plenário se aplica às Turmas Recursais dos Juizados Especiais?

Não.

Isso porque, embora órgão recursal, as Turmas de Juizados não podem ser consideradas **"tribunais"**.

Dessa forma, as Turmas de Juizados poderão declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou afastar a sua incidência no todo ou em parte sem que isso signifique violação ao art. 97 da CF/88 e à SV n. 10/STF.

Isso não impede, contudo, que a parte sucumbente interponha recurso extraordinário contra a decisão da Turma Recursal, para o STF apreciar a questão constitucional (S. 640/STF).

Apenas se faz o alerta de que, conforme já decidiu o STF, embora a cláusula de reserva de plenário não se aplique às Turmas Recursais de Juizados, isso não significa que os requisitos de admissibilidade inerentes ao cabimento do RE (art. 102, III, CF/88) poderão ser desrespeitados. Assim, indispensável a **juntada do inteiro teor da decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade e que será objeto do recurso extraordinário**. Nesse sentido:

> "EMENTA: A regra da chamada **reserva do plenário** para declaração de inconstitucionalidade (art. 97 da CF) **não se aplica**, deveras, **às turmas recursais de Juizado Especial**. Mas tal circunstância em nada atenua nem desnatura a **rigorosa exigência de juntada de cópia integral do precedente que tenha, ali, pronunciado inconstitucionalidade de norma objeto de recurso extraordinário fundado no art. 102, III, 'b', da Constituição da República**, pela mesmíssima razão por que, a igual título de admissibilidade do recurso, não se dispensa juntada de cópia de acórdão oriundo de plenário" (**RE 453.744-AgR**, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13.06.2006, 1.ª Turma, *DJ* de 25.08.2006. No mesmo sentido: RE 529.296, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.05.2011. Ainda, AI 561.181-AgR, RE 369.696-AgR, AI 431.863-AgR, RE 466.834).

6.6.3.4. A cláusula de reserva de plenário se aplica à decisão de juízo monocrático de primeira instância?

Não.

Conforme visto, a regra do art. 97 é estabelecida para **"tribunal"**, não estando, portanto, direcionado para o juízo monocrático, mesmo que, incidentalmente, no controle difuso, declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Vejamos as lições do Min. Celso de Mello:

> "EMENTA: A declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público submete-se ao princípio da reserva de Plenário consagrado no art. 97 da
>
> Constituição Federal. A vigente Carta Política, seguindo uma tradição iniciada pela Constituição de 1934, reservou ao Plenário dos Tribunais a **competência funcional** por objeto do juízo para proferir decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Órgãos fracionários dos Tribunais (Câmaras, Grupos de Câmaras, Turmas ou Seções), muito embora possam confirmar a legitimidade constitucional dos atos estatais (RTJ 98/877), não dispõem do poder de declaração da inconstitucionalidade das leis e demais espécies jurídicas editadas pelo Poder Público. Essa especial competência dos Tribunais pertence, com exclusividade, ao respectivo Plenário ou, onde houver, ao correspondente órgão especial. **A norma inscrita no art. 97 da Carta Federal**, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, **não se aplica aos magistrados singulares quando no exercício da jurisdição constitucional** (RT 554/253)" (**HC 69.921**, voto do Rel. Min. Celso de Mello, j. 09.02.1993, 1.ª Turma, *DJ* de 26.03.1993).

6.6.4. Efeitos da decisão

6.6.4.1. Para as partes

Como regra geral, os efeitos de qualquer sentença valem somente para as partes que litigaram em juízo, não extrapolando os limites estabelecidos na lide.

No momento que a sentença declara que a lei é inconstitucional (controle difuso realizado incidentalmente), produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a **nula** de pleno direito. Produz, portanto, **efeitos retroativos**.

Assim, no controle difuso, para as partes os efeitos serão: *a*) ***inter partes*** e *b*) ***ex tunc***.

Cabe alertar, contudo, que o STF já entendeu que, mesmo no controle difuso, poder-se-á dar efeito *ex nunc* ou *pro futuro*.

O *leading case* foi o julgamento do **RE 197.917**, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9 e

determinou que a aludida decisão só atingisse a próxima legislatura (cf. íntegra do voto em *Inf. 341/STF*, Rel. Min. Maurício Corrêa).

O Ministro Gilmar Mendes, em outra oportunidade, desenvolveu com maestria o entendimento fixado no caso de Mira Estrela, ao julgar a Ação Cautelar n. 189: "segundo o ministro, trata-se de questão idêntica à discutida no Recurso Extraordinário 197.917, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, em que o Plenário decidiu pela inconstitucionalidade de Lei Orgânica municipal, que estabelecia o número de vereadores, determinando, porém, a eficácia dos efeitos para momento futuro. 'Como se pode ver, se se entende inconstitucional a lei municipal em apreço, impõe-se que se limitem os efeitos dessa declaração (*pro futuro*)', afirmou Mendes. O ministro ressaltou que o sistema difuso ou incidental de controle de constitucionalidade admite a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*. Para Gilmar Mendes, no caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* (retroativo) ocasionaria repercussões em todo o sistema atual, atingindo decisões tomadas em momento anterior à eleição, que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito eleitoral também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara municipal nos diversos projetos e leis aprovados. O ministro ressaltou que a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada pelo princípio de proporcionalidade" (cf. *Notícias STF*, 06.04.2004 — 20h17).

Por fim, em relação ao efeito *inter partes*, será que não haveria algum instrumento por meio do qual seria possível estender os efeitos de uma única decisão para todas as pessoas que estiverem em igual situação, evitando, assim, a necessidade de cada uma provocar o Judiciário individualmente? Isso é esperado em ações cujo objeto seja comum a um número muito grande de pessoas, como os *cruzados bloqueados*, a **cobrança de um tributo que entendam inconstitucional**, por exemplo, a extinta CPMF etc. Existiria, então, algum meio de se produzirem efeitos para todos, ou, necessariamente, cada indivíduo, isoladamente, deverá "bater às portas" do Judiciário para obter a tutela jurisdicional pretendida? Sim, existe um mecanismo. Passemos a estudá-lo (art. 52, X). Em seguida, destacaremos uma nova tendência em razão daquilo que vem sendo chamado de **transcendência dos motivos determinantes da sentença** em controle difuso (perspectiva nova e ainda

incerta no STF), ou de **abstrativização do controle difuso**, ou de **objetivação** do controle difuso.

6.6.4.2. Para terceiros (art. 52, X)

6.6.4.2.1. Procedimento

Como vimos anteriormente, através da interposição de *recurso extraordinário*, nas hipóteses constitucionalmente previstas, a questão poderá ser levada à apreciação do STF, que, também, realizará o controle difuso de constitucionalidade, de forma incidental.

Declarada inconstitucional a lei pelo STF, no controle difuso, desde que tal decisão seja definitiva e deliberada pela **maioria absoluta** do pleno do tribunal (art. 97 da CF/88),[71] o art. 178 do Regimento Interno do STF (*RISTF*) estabelece que será feita a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao **Senado Federal**, para os efeitos do art. 52, X, da CF/88.

O art. 52, X, da CF/88, por sua vez, estabelece ser competência privativa do Senado Federal, mediante o instrumento da **resolução**, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

O art. 386 do Regimento Interno do Senado Federal, regulamentando o assunto, estabelece que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo STF, de inconstitucionalidade, total ou parcial, de lei mediante: *a*) comunicação do Presidente do Tribunal; *b*) representação do Procurador-Geral da República; *c*) projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o artigo anterior deverão ser instruídos com o **texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República** e da **versão do registro taquigráfico do julgamento**, isso tudo conforme o art. 387 do Regimento Interno do Senado.

E o art. 388 conclui o procedimento estabelecendo que, após a leitura em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à **Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**, que formulará projeto de **resolução** suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte (CF, art. 52, X).

6.6.4.2.2. Amplitude do art. 52, X

A suspensão pelo Senado Federal poderá dar-se em relação a leis **federais, estaduais, distritais** ou mesmo **municipais** que forem declaradas inconstitucionais pelo STF, de modo incidental, no controle difuso de

constitucionalidade.[72]

Em se tratando de lei municipal ou lei estadual confrontadas perante a **Constituição Estadual**, Michel Temer entende que, em face do princípio federativo, "pode e deve o Tribunal de Justiça ou Tribunal de Alçada,[73] após declarar a inconstitucionalidade, remeter essa declaração à Assembleia Legislativa para que esta suspenda a execução da lei (evidentemente, nos Estados em que as Constituições confiram essa competência à Assembleia)".[74]

6.6.4.2.3. A expressão "no todo ou em parte"

Como visto, nos termos do art. 52, X, compete ao Senado Federal, por meio de **resolução**, suspender a execução, **no todo ou em parte**, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A expressão "no todo ou em parte" deve ser interpretada como sendo impossível o Senado Federal ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF.

Assim, se toda a lei foi declarada inconstitucional pelo STF, em controle difuso, de modo incidental, se entender o Senado Federal pela conveniência da suspensão da lei, deverá fazê-lo "no todo", vale dizer, em relação a toda a lei que já havia sido declarada inconstitucional, não podendo suspender menos do que o decidido pela Excelsa Corte.

Em igual sentido, se, por outro lado, o Supremo, no controle difuso, declarou inconstitucional apenas parte da lei, entendendo o SF pela conveniência para a suspensão, deverá fazê-lo exatamente em relação à "parte" que foi declarada inválida, não podendo suspender além da decisão do STF.

6.6.4.2.4. Efeitos propriamente ditos

Desde que o Senado Federal suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei levada a controle de constitucionalidade de maneira incidental e não principal, a referida suspensão atingirá a todos, porém valerá a partir do momento que a resolução do Senado for publicada na Imprensa Oficial.

O nome ajuda a entender: *suspender a execução* de algo que vinha produzindo efeitos significa dizer que se suspende a partir de um momento, não fazendo retroagir para atingir efeitos passados. Assim, por exemplo, quem tiver interesse em "pedir de volta" um tributo declarado inconstitucional deverá mover a sua ação individualmente para reaver tudo antes da Resolução do Senado, na medida em que ela não retroage.

Assim, os efeitos serão ***erga omnes***, porém ***ex nunc***, **não**

retroagindo.[75]

Destaca-se o art. 1.º, § 2.º, do **Decreto n. 2.346/97**, que, expressamente, fixa a produção de efeitos ***ex tunc*** para a Resolução do SF em relação, exclusivamente, à **Administração Pública Federal direta** e **indireta**.

■ 6.6.4.2.5. O Senado é obrigado a suspender os efeitos?

Essa questão é muito debatida na doutrina. Tanto assim que nos limitaremos a apontar nosso posicionamento, que coincide com o do STF, Senado Federal, e grande parte da doutrina, devendo, pois, ser o observado nas provas preambulares.

Deve-se, pois, entender que o Senado Federal ***não*** *está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X, da CF/88. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de Poderes.

■ 6.6.5. Teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso: análise crítica — abstrativização do controle difuso? — tendência para uma maior objetivação do recurso extraordinário?[76]

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO		
▪ Gilmar Mendes ▪ Eros Grau ▪ Art. 52, X, simples efeito de publicidade — mutação constitucional ▪ Deferiram o pedido de reclamação, julgando-a procedente	X	▪ Sepúlveda Pertence ▪ Joaquim Barbosa ▪ Utilização da súmula vinculante — mais segurança ▪ Concedido HC de ofício
▪ Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes ▪ Atualização em 02.02.2012		

■ 6.6.5.1. Abstrativização do controle difuso?

Percebe-se, atualmente, destacando-se dois importantes precedentes (o caso de "Mira Estrela"[77] e a discussão sobre a constitucionalidade da "progressão do regime na lei dos crimes hediondos"[78]), uma nova tendência no STF a aplicar a chamada **teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*)** também para o controle

difuso.[79]

Conforme estudamos, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é o jurisdicional misto, tanto *difuso* como *concentrado*.

No controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade se dá de modo **incidental**, constituindo **questão prejudicial**.

A doutrina sempre sustentou, com Buzaid[80] e Grinover, que, "se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo *inter partes* — fora do processo no qual foi proferida".[81]

Contudo, respeitável parte da doutrina e alguns julgados do STF ("Mira Estrela" e "progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos") e do STJ[82]-[83] rumam para uma **nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso** pelo STF.

Na doutrina, em importante estudo, Gilmar Mendes afirma ser "... possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma **autêntica mutação constitucional** em razão da completa **reformulação do sistema jurídico** e, por conseguinte, da **nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X**, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica '**reforma da Constituição sem expressa modificação do texto**' (Ferraz, 1986, p. 64 *et seq.*, 102 *et seq.*; Jellinek, 1991, p. 15-35; Hsü, 1998, p. 68 *et seq.*)".[84]

Nessa mesma linha, Teori Albino Zavascki, também em sede doutrinária, sustenta a transcendência, com caráter vinculante, de decisão sobre a constitucionalidade da lei, **mesmo em sede de controle difuso**.[85]

Lúcio Bittencourt, em tese arrojada, muito embora demonstrasse conhecimento da doutrina de Liebman e da distinção entre *autoridade da coisa julgada* e *eficácia natural da sentença*, chegou a afirmar, inspirado pela regra do *stare decisis* norte-americano, que **a declaração de inconstitucionalidade** no **caso concreto** e no **controle difuso** brasileiro (*já que inexistente à época de seu estudo o controle concentrado por meio de ADI*, enfatize-se), reconhecendo a "ineficácia da lei", **teria eficácia para todos**.[86]

Os principais argumentos a justificar esse novo posicionamento podem ser assim resumidos:

- força normativa da Constituição;
- princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários;
- o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo;
- dimensão política das decisões do STF.

No julgamento do **RE 197.917** (redução do número de vereadores — "Mira Estrela"), nos termos do voto do **Ministro Celso de Mello**,[87] o Ministro Gilmar Mendes "... ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do **efeito vinculante** emergente da própria *ratio decidendi* que motivou o julgamento do precedente mencionado".[88]

Em outro julgado, o Ministro Gilmar Mendes "sepultou", de vez, a regra do art. 52, X, aproximando o controle difuso do controle concentrado. O tema ainda depende de manifestação dos outros Ministros do STF, mas, sem dúvida, representa importante perspectiva em termos de "**abstrativização**" do controle difuso e de consagração da tese da transcendência da *ratio decidendi*.

Como indicado no *Inf. 454/STF*, o Ministro Gilmar Mendes "... reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples **efeito de publicidade**, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no *Diário do Congresso*. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82.959/SP ('progressão do regime na lei dos crimes hediondos', acrescente-se). Após, pediu vista o Min. Eros Grau" (**Rcl 4.335/AC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 1.º.02.2007).[89]

Essa tendência sempre foi veementemente criticada por Alfredo Buzaid, que não admitia a qualidade da imutabilidade para as questões prejudiciais decididas incidentalmente no processo (art. 469, III, do CPC).[90]

Por todo o exposto, embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante **sedutora, relevante** e **eficaz**, inclusive em termos de **economia processual**, de **efetividade do processo**, de **celeridade processual** (art. 5.º, LXXVIII — **Reforma do Judiciário**) e de implementação do princípio da **força normativa da Constituição** (Konrad Hesse), afigura-se faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação.

O **efeito *erga omnes*** da decisão foi previsto somente para o **controle**

concentrado e para a **súmula vinculante** (EC n. 45/2004) e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do **art. 52, X, da CF/88**, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal.

Portanto, no controle difuso, não havendo suspensão da lei pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não aplicação.

Assim, na medida em que a análise da constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária **reforma constitucional** (modificando o art. 52, X, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência — repita-se, **bastante "atraente"** — da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante.

Se aceita nos parâmetros propostos, a transcendência, com caráter *erga omnes*, dos motivos determinantes da sentença no controle difuso autorizaria, inclusive, o uso da reclamação em caso de descumprimento da tese constitucional resolvida enquanto questão prejudicial. Outra não poderia ser a interpretação.

Por fim, sustentamos (já que não nos filiamos à teoria da abstrativização) a possibilidade de se conseguir o objetivo pretendido mediante a edição de **súmula vinculante**, o que, em nosso entender, seria muito mais legítimo e eficaz, além de respeitar a segurança jurídica, evitando o casuísmo.

Lembramos que a **súmula vinculante**, para ser editada, deve preencher os requisitos do art. 103-A, como a exigência de **reiteradas decisões sobre a matéria constitucional controvertida**.

No mais, a segurança se completa com o *quorum* qualificado de 2/3 para a edição da súmula vinculante, mais seguro, para efeitos de abstrativização, do que o *quorum* normal do controle difuso que é o da maioria absoluta (art. 97).

Nessa linha, cumpre observar que o STF, consolidando o entendimento fixado no HC 82.959, no sentido de observância ao princípio da **individualização da pena** (art. 5.º, XLVI), editou, em 16.12.2009, com efeito *erga omnes* e vinculante, a **SV n. 26/2009** (*DJE* de 23.12.2009), que tem o seguinte teor: "para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

Parece, então, que o STF, editando a súmula vinculante, tende a aceitar a tese sustentada por Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, na Rcl 4.335, que,

infelizmente, ainda não foi julgada para definir, de vez, o posicionamento do STF sobre a mutação ou não do art. 52, X, no controle difuso (**matéria pendente de julgamento pelo STF**).[91]

6.6.5.2. Objetivação do recurso extraordinário?

Enquanto esta questão não se soluciona (o posicionamento do STF sobre a mutação ou não do art. 52, X, no controle difuso), temos que **reconhecer**, contudo, que, em algumas situações, o **legislador** tendeu para a ideia da **abstrativização**, por exemplo, no julgamento da **repercussão geral** no recurso extraordinário (art. 543-A, CPC), que, inclusive, poderá se implementar por **amostragem** quando houver **multiplicidade de recursos** com fundamento em idêntica controvérsia (art. 543-B, CPC).

Avançando, cabe observar, também em relação ao **recurso especial**, nessa mesma linha de abstrativização, nos termos do art. 543-C, *caput*, CPC, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao STJ, ficando **suspensos** os demais recursos especiais até o seu pronunciamento definitivo.

Parte-se de **processos-modelos** (de situações individuais e concretas, com caráter subjetivo e em defesa de interesses das partes), que repercutirão sobre os demais que ficaram sobrestados.

Nas duas situações, tanto na hipótese do recurso extraordinário como no recurso especial, o legislador fez a previsão da possibilidade de manifestação de ***amici curiae*** (art. 543-A, § 6.º, e art. 543-C, § 4.º, CPC), o que, **ao menos**, caracteriza mecanismo de **legitimação da decisão**, especialmente nas hipóteses em que os recursos represados terão o seguimento denegado em virtude da solução a ser dada no processo-modelo (arts. 543-B, § 2.º, e 543-C, § 7.º, I, CPC).

Nesse sentido, conforme anotou Gilmar Mendes, ao tratar da manifestação de *amici curiae* em processo de competência do STF proveniente das Turmas Recursais dos Juizados Especiais (o que se verifica também nos recursos extraordinários regulares nos quais se discutam os denominados **"casos de massa"** — Lei n. 11.418/2006), "esse novo modelo traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento **deixa de ter caráter marcadamente subjetivo** ou de **defesa de interesse das partes**, para assumir, de forma decisiva, a função de **defesa da ordem constitucional objetiva**. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm

conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle, segundo a qual 'a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo', dotado de uma 'dupla função', subjetiva e **objetiva**, 'consistindo esta última em assegurar o **Direito Constitucional objetivo**'" (grifamos).[92]

Exemplificando, nessa linha de "maior objetivação do recurso extraordinário", no sentido de assumir certa "função de defesa da ordem constitucional objetiva", podemos destacar o reconhecimento da manifesta improcedência da **ADI 4071** partindo de decisão proferida em recurso extraordinário (controle difuso):

> "EMENTA: Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4.º da Lei n. 9.868/99. 1. É **manifestamente improcedente** a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei n. 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, **mesmo que em recurso extraordinário**. 2. Aplicação do art. 4.º da Lei n. 9.868/99, segundo o qual 'a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator'. 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso..." (ADI 4.071-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, j. 22.04.2009, Plenário, *DJE* de 16.10.2009).

■ 6.6.6. Controle difuso em sede de ação civil pública

Como vimos, o controle difuso de constitucionalidade é realizado no caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, produzindo, em regra, efeitos somente para as partes (salvo a hipótese de resolução do Senado Federal — art. 52, X), sendo a declaração de inconstitucionalidade proferida de modo incidental.

Dessa forma, só será cabível o controle difuso, em sede de ação civil pública "... como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a *controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal*" (Min. Celso de Mello, Rcl 1.733-SP, *DJ* de 1.º.12.2000 — *Inf. 212/STF*).

Por conseguinte, a jurisprudência do STF "... exclui a possibilidade do

exercício da ação civil pública, quando, nela, o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo (*RDA* 206/267, Rel. Min. Carlos Velloso — Ag. 189.601-GO (AgRg), Rel. Min. Moreira Alves). Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. Incensurável, sob tal perspectiva, a lição de Hugo Nigro Mazzilli ('O Inquérito Civil', p. 134, item n. 7, 2. ed., 2000, Saraiva): 'Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. (...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas'" (Min. Celso de Mello, Rcl 1.733-SP, *DJ* de 1.º.12.2000 — *Inf. 212/STF*).

Mas atente-se à regra geral: **a ação civil pública não pode ser ajuizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, pois, em caso de produção de efeitos *erga omnes*, estaria provocando verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade, usurpando competência do STF** (cf. STF, Rcl 633-6/SP, Min. Francisco Rezek, *DJ* de 23.09.1996, p. 34945).

No entanto, sendo os efeitos da declaração reduzidos somente às partes (sem amplitude *erga omnes*), ou seja, tratando-se de "... ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo" (STF, Rcl 602-6/SP), aí sim seria possível o controle difuso em sede de ação civil pública, verificando-se a declaração de inconstitucionalidade de modo incidental e restringindo-se os efeitos *inter partes*. O pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental terá, enfatize-se, de constituir verdadeira causa de pedir (cf. RE 424.993, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12.09.2007, *DJ* de 19.10.2007).

Como exemplo, de maneira precisa, Alexandre de Moraes destaca determinada ação civil pública ajuizada pelo MP, em defesa do patrimônio público, para anulação de licitação baseada em lei municipal incompatível com o art. 37 da CF, declarando o juiz ou tribunal, no caso concreto, a inconstitucionalidade da referida lei, reduzidos os seus efeitos somente às

partes.[93]

6.7. CONTROLE CONCENTRADO

O controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de "concentrar-se" em um único tribunal. Pode ser verificado em cinco situações:

AÇÃO	FUND CONST
ADI — Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica	art.
ADPF — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	art.
ADO — Ação	art.

Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	
■ **IF**94 — **Representação Interventiva** (ADI Interventiva)	■ art. 3 art. 34
■ **ADC** — Ação Declaratória de Constitucionalidade	■ art.

■ **6.7.1. ADI genérica**[94]

■ **6.7.1.1. Conceito (ADI genérica)**

O que se busca com a **ADI genérica** é o controle de constitucionalidade de ato normativo em **tese, abstrato**, marcado pela **generalidade, impessoalidade** e **abstração**.

Ao contrário da via de **exceção ou defesa**, pela qual o controle (difuso) se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no **controle concentrado** a **representação de inconstitucionalidade**, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. O que se busca saber, portanto, é se a lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto. A ação direta, portanto, nos dizeres da Professora Ada

Pellegrini Grinover, “tem por objeto a própria questão da inconstitucionalidade, decidida *principaliter*”.[95]

Em regra, através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a **invalidação da lei ou ato normativo**.

■ 6.7.1.2. Objeto (ADI genérica)

O objeto do comentado instrumento processual é a ***lei*** ou ***ato normativo*** que se mostrarem incompatíveis com o sistema.

■ 6.7.1.2.1. Leis

Entendam-se por **leis** todas as espécies normativas do art. 59 da CF/88, quais sejam: *emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos* e *resoluções*.[96]

■ 6.7.1.2.2. Atos normativos

Atos normativos, segundo Alexandre de Moraes,[97] podem ser: *a*) **resoluções administrativas dos tribunais**; *b*) **atos estatais de conteúdo meramente derrogatório**, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo.

O autor, valendo-se das palavras de Castanheira A. Neves, observa que poderá ser objeto de controle qualquer “ato revestido de **indiscutível caráter normativo**”,[98] motivo pelo qual incluímos aí os **regimentos internos dos tribunais**.

Podem, também, ser objeto de controle de constitucionalidade:

- ■ as **deliberações administrativas dos órgãos judiciários** (precedente: STF, ADI 728, Rel. Min. Marco Aurélio). Nesse sentido:

> “EMENTA: Resolução administrativa do TRT da 3.ª Região. **Natureza normativa da resolução**. Atribuição do Congresso Nacional para ato normativo que aumenta vencimentos de servidor. Inconstitucionalidade da resolução configurada. Precedentes do STF” (**ADI 1.614**, Rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, j. 18.12.98, Plenário, *DJ* de 06.08.99). “É cabível o controle concentrado de resoluções de tribunais que deferem reajuste de vencimentos. Precedentes” (**ADI 2.104**, Rel. Min. Eros Grau, j. 21.11.2007, Plenário, *DJE* de 22.02.2008).

- ■ as **deliberações dos Tribunais Regionais do Trabalho judiciários** que determinam o pagamento a magistrados e servidores das diferenças de plano econômico (precedente: STF, **ADI 681/DF**, Rel. Min. Néri da

Silveira, reconhecendo o seu caráter normativo), **salvo** as convenções coletivas de trabalho;[99]

■ **resolução do Conselho Interministerial de Preços — CIP** (STF, Pleno, **ADI 8-0/DF**, Rel. Min. Carlos Velloso), que concedeu aumento de preço aos produtos farmacêuticos, permitindo, portanto, a verificação de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

■ 6.7.1.2.3. Súmulas?

De acordo com a ADI 594-DF, só podem ser objeto de controle perante o **STF** leis e atos normativos **federais** ou **estaduais**. **Súmula** de jurisprudência não possui o grau de normatividade qualificada, não podendo, portanto, ser questionada perante o STF através do controle concentrado.

E a súmula vinculante, pode ser objeto de ADI?

Como se sabe, a **EC n. 45/2004** fixou a possibilidade de o **STF** (e exclusivamente o STF), de ofício ou por provocação, mediante decisão de **2/3** dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar **súmula** que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A).

O seu § 2.º, por seu turno, fixa a possibilidade de, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, proceder-se à **aprovação, revisão** ou **cancelamento** de súmula, mediante provocação daqueles que podem propor a **ação direta de inconstitucionalidade**.

Assim, tendo em vista o fato de a **súmula** não ser marcada pela generalidade e abstração, diferentemente do que acontece com as leis, não se pode aceitar a técnica do "controle de constitucionalidade" de súmula, mesmo no caso da súmula vinculante.

O que existe é um **procedimento de revisão** pelo qual se poderá **cancelar** a súmula. O cancelamento desta significará a não mais aplicação do entendimento que vigorava. Nesse caso, naturalmente, a nova posição produzirá as suas consequências a partir do novo entendimento, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Cabe alertar que o procedimento de **aprovação, revisão** ou **cancelamento** de súmula vinculante foi disciplinado pela Lei n. 11.417/2006.

Todavia, em algumas decisões, a Ministra Ellen Gracie entendeu que o mecanismo para se rever a súmula vinculante seria a própria ADI (com o que não concordamos, pelos motivos acima expostos). Tratava-se de hipótese na qual se discutia a impetração de *habeas corpus* tendo em vista a edição da

SV n. 11[100] sobre o uso de algemas (HC 96.301, 06.10.2008, Min. Ellen Gracie).

Em **05.12.2008**, o Presidente do STF, no uso de suas atribuições, editou a **Res. n. 388**, disciplinando o processamento de proposta de edição, revisão e cancelamento de súmulas. Estabelece-se a tramitação em forma eletrônica da proposta, que, em nosso entender, difere, em substância, do processo de ADI, o que corrobora a nossa posição acima exposta de se tratar de um **procedimento próprio e distinto da ADI**.

■ 6.7.1.2.4. Emendas constitucionais?

Como dissemos, as **emendas constitucionais** podem ser objeto de controle, embora introduzam no ordenamento normas de caráter constitucional. O que temos com o processo de emendas é a manifestação do **poder constituinte derivado reformador**, e, como vimos ao estudar a teoria do poder constituinte, a derivação dá-se em relação ao poder constituinte originário. Este último é ilimitado e autônomo. O derivado reformador, por seu turno, deve observar os limites impostos e estabelecidos pelo originário, como decorre da observância às regras do art. 60 da CF/88. Assim, desobedecendo aos referidos limites, inevitável declarar inconstitucional a emenda que introduziu uma alteração no texto constitucional.[101]

Conforme já alertamos, o **poder constituinte derivado revisor** (art. 3.º, ADCT) assim como o **reformador** (art. 60, CF/88) e o **decorrente** (art. 25, CF/88 — Constituições estaduais), é fruto do trabalho de criação do originário, estando, portanto, a ele **vinculado**. É, ainda, um "poder" **condicionado** e **limitado** às regras instituídas pelo originário, sendo, assim, um **poder jurídico**.

Assim, as **emendas de revisão** também poderão ser "controladas", tanto em seu aspecto formal (procedimento previsto no art. 3.º do ADCT) como material (cláusulas pétreas — art. 60, § 4.º, I a IV) (cf. *item 4.4.4*).

■ 6.7.1.2.5. Medidas provisórias?

Somente o ato estatal de conteúdo normativo, em plena vigência, pode ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade. Como a medida provisória tem força de lei, poderá ser objeto de controle, já que ato estatal, em plena vigência. No entanto, sendo ela convertida em lei, ou tendo perdido a sua eficácia por decurso de prazo, nos termos do art. 62, § 3.º, da CF/88 (confira as profundas alterações trazidas pela **EC n. 32/2001** em relação à tramitação das medidas provisórias e por nós comentadas no *item 9.14.4*), considerar-se-á prejudicada a ADI (que questionava a constitucionalidade da MP) pela perda do objeto da ação.[102] O autor da ADI, na primeira

hipótese, deverá aditar o seu pedido à nova lei de conversão.

E os requisitos constitucionais de relevância e urgência (art. 62) podem ser objeto de controle jurisdicional?

Excepcionalmente, o STF decidiu serem passíveis de controle. Assim, “conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de ‘relevância’ e ‘urgência’ (art. 62 da CF), apenas em **caráter excepcional** se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2.º da CF) (ADI n. 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23.04.2004; ADI n. 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 26.03.1999; ADI n. 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12.06.1998; ADI n. 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19.09.1997)” (ADC 11-MC, voto do Min. Cezar Peluso, j. 28.03.2007, *DJ* de 29.06.2007).

E os requisitos constitucionais de imprevisibilidade e urgência (art. 62, c/c o art. 167, § 3.º) da MP que abre crédito extraordinário[103] podem ser objeto de controle jurisdicional?

Dada a magnitude do julgamento, pedimos vênia para transcrever a ementa que resume a nova posição do STF, **revendo**, inclusive, a jurisprudência que não admitia o controle para os denominados atos de efeito concreto (cf. *item 6.7.1.2.10*):

> “EMENTA: Limites constitucionais à **atividade legislativa excepcional** do Poder Executivo na edição de **medidas provisórias para abertura de crédito extraordinário**. Interpretação do art. 167, § 3.º c/c o art. 62, § 1.º, inciso I, alínea d, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de **imprevisibilidade** e **urgência** (art. 167, § 3.º) recebem **densificação normativa da Constituição**. Os conteúdos semânticos das expressões ‘guerra’, ‘comoção interna’ e ‘calamidade pública’ constituem **vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3.º c/c o art. 62, § 1.º, inciso I, alínea d, da Constituição**. ‘Guerra’, ‘comoção interna’ e ‘calamidade pública’ são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP n. 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela

> urgência. A edição da MP n. 405/2007 configurou um patente **desvirtuamento dos parâmetros constitucionais** que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. Medida cautelar deferida. Suspensão da vigência da Lei n. 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008" (**ADI 4.048-MC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.2008, *DJE* de 22.08.2008). No mesmo sentido: **ADI 4.049-MC**, Rel. Min. Carlos Britto, j. 05.11.2008 (*Inf.* 527/STF).[104]

Assim, como se trata de julgamento em sede de medida cautelar, resta aguardar o julgamento de mérito **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**. Contudo, a nova posição mostra-se bastante relevante, freando o desvirtuamento dado pelo Executivo às medidas provisórias e, assim, "chamando" o Legislativo para que exerça, de maneira muito mais democrática, a análise da questão orçamentária. Ou seja, a abertura de crédito tem de ser vista com muito critério.

■ 6.7.1.2.6. Regulamentos subordinados ou de execução e decretos? Inconstitucionalidade indireta, reflexa ou oblíqua

Os regulamentos ou decretos regulamentares expedidos pelo Executivo (art. 84, IV, da CF) e demais atos normativos secundários poderiam ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade?

Como regra geral, **não!** Referidos atos não estão revestidos de autonomia jurídica a fim de qualificá-los como atos normativos suscetíveis de controle,[105] não devendo, assim, sequer ser conhecida a ação. Trata-se de **questão de legalidade**, e referidos atos, portanto, serão **ilegais** e não inconstitucionais.

Estamos diante daquilo que o STF chamou de **crise de legalidade**, caracterizada pela inobservância do dever jurídico de **subordinação normativa à lei**, escapando das balizas previstas na Constituição Federal (STF, Pleno, ADI 264/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 152/352; STF, ADI 1.253-3, medida liminar, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 1, de 25.08.1995, p. 26022).

Nessas hipóteses, o objeto **não** seria ato normativo primário, com fundamento de validade diretamente na Constituição, mas ato secundário, com base na lei, não se admitindo, portanto, controle de inconstitucionalidade **indireta, reflexa** ou **oblíqua**.

> "EMENTA: Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra*

> *legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizará, sempre, típica **crise de legalidade**, e **não de inconstitucionalidade**, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, **ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua**, cuja apreciação **não se revela possível em sede jurisdicional concentrada**" (ADI 996-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11.03.1994, Plenário, *DJ* de 06.05.1994). No mesmo sentido: ADI 3.805-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 22.04.2009; ADI 2.999, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.03.2008; ADI 365-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07.11.1990.

O STF, excepcionalmente, conforme noticia *Alexandre de Moraes*, "tem admitido ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestamente não regulamenta a lei, apresentando-se, assim, como **decreto autônomo**. Nessa hipótese, haverá possibilidade de análise de compatibilidade diretamente com a Constituição Federal para verificar-se a observância do *princípio da reserva legal*".[106]

Em interessante precedente, estabelece a Suprema Corte: "Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa" (ADI 2.950-AgR, Rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, j. 06.10.2004, *DJ* de 09.02.2007). Nesse sentido, confira:

> "EMENTA: Impugnação de resolução do Poder Executivo estadual. Disciplina do horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, consumo e assuntos análogos. Ato normativo autônomo. Conteúdo de lei ordinária em sentido material. Admissibilidade do pedido de controle abstrato. Precedentes. Pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade o ato normativo subalterno cujo conteúdo seja de lei ordinária em sentido material e, como tal, goze de autonomia nomológica" (ADI 3.731-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.08.2007, *DJ* de 11.10.2007).

> "EMENTA: 1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto.

Admissibilidade. **Impugnação de decreto autônomo**, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. **Introdução de novidade normativa**. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se **autônomo** e, como tal, é **suscetível de controle concentrado de constitucionalidade**...” (ADI 3.664, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 1.º.06.2011, *DJE* de 20.09.2011).

■ 6.7.1.2.7. Tratados internacionais

Conforme estudaremos no *item 9.14.5.2* (“Breves notas sobre o processo de formação dos tratados internacionais”), o processo de incorporação no ordenamento jurídico interno dos **tratados internacionais** passa por quatro fases distintas, a saber: **a) celebração do tratado internacional** (negociação, conclusão e assinatura) pelo **Órgão do Poder Executivo** (ou posterior adesão [terceira etapa], art. 84, VIII — Presidente da República); **b) aprovação** (**referendo** ou **“ratificação” *lato sensu***), pelo Parlamento, do tratado, acordo ou ato internacional, por intermédio de **decreto legislativo**, resolvendo-o definitivamente (Congresso Nacional, art. 49, I); **c) troca** ou **depósito** dos instrumentos de **ratificação** (ou **adesão**, caso não tenha tido prévia celebração) pelo **Órgão do Poder Executivo** em âmbito internacional; **d) promulgação** por **decreto presidencial**, seguida da **publicação** do texto em português no *Diário Oficial*. Neste momento o **tratado, acordo ou ato internacional adquire executoriedade no plano do direito positivo interno**, guardando estrita relação de **paridade normativa** com as **leis ordinárias**.

Apesar de nossa opinião pessoal diferente,[107] a maior parte da doutrina e pacificamente os tribunais (salvo alguns juízes do 1.º TACSP), inclusive, de forma majoritária, o STF, **entendiam** (sem qualquer distinção) que os tratados internacionais de qualquer natureza, mesmo sobre direitos humanos (esse entendimento vai ser superado), ingressam no ordenamento interno com o caráter de **norma infraconstitucional**, guardando estrita relação de **paridade normativa** com as **leis ordinárias** editadas pelo Estado brasileiro (*RTJ* 83/809 e *Inf. 73/STF* — *DJ* de 30.05.1997), podendo, por conseguinte, ser revogados (*ab-rogação* ou *derrogação*) por norma posterior e ser questionada a sua constitucionalidade perante os tribunais, de forma concentrada ou difusa.[108]

Como se sabe, a **Reforma do Judiciário** (EC n. 45/2004) acrescentou um § 3.º ao art. 5.º, nos seguintes termos: “os tratados e convenções internacionais sobre **direitos humanos** que forem aprovados, **em cada Casa do Congresso Nacional**, em **dois turnos**, por **três quintos dos votos dos respectivos**

membros, serão equivalentes às **emendas constitucionais**".

A novidade trazida pela Reforma (e esse tema é ampliado no *item 9.14.5.2.2*, remetendo o leitor para a sua análise) consiste em diferenciar os *tratados e convenções internacionais sobre* ***direitos humanos*** dos *tratados e convenções internacionais de outra natureza*. Aqueles (sobre direitos humanos), desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional e em 2 turnos de votação (cf. art. 60, § 2.º), passam a ter **a mesma natureza jurídica das emendas constitucionais**. Isso significa que, inexistindo afronta aos "limites do poder de reforma", o tratado internacional sobre direitos humanos, desde que observado o *quorum* diferenciado de aprovação pelo Congresso Nacional (igual ao das ECs), passa a ter **paridade normativa** com as **normas constitucionais**.

Finalmente, remetemos o leitor para o *item 9.14.5.2.3*, no qual discutimos a tese de **supralegalidade** dos tratados sobre direitos humanos defendida, inicialmente, pelo Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343, *Inf. 449/STF*), sustentando serem mais que a lei, porém estando abaixo da Constituição.

Então, esquematizando, podemos afirmar:

- **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional e em 2 turnos de votação (cf. art. 60, § 2.º, e art. 5.º, § 3.º):** equivalem a *emendas constitucionais* e, como visto, podem ser objeto de controle de constitucionalidade;
- **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma:** malgrado posicionamento pessoal deste autor já exposto, de acordo com a jurisprudência do STF, guardam estrita relação de **paridade normativa** com as **leis ordinárias** e, portanto, podem ser objeto de controle de constitucionalidade;
- **tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos (Gilmar Mendes):** muito embora tenham o condão de "paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante" (voto no RE 466.343), podem sofrer controle de constitucionalidade, já que devem respeito ao princípio da supremacia da Constituição;
- **tratados e convenções internacionais de outra natureza:** podem ser objeto de controle e têm força de lei ordinária.

O STF, por 5 X 4, em **03.12.2008**, no julgamento do **RE 466.343**, decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5.º, § 3.º (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas **supralegais**, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.[109]

Dessa forma, como diversos documentos internacionais de que o Brasil é signatário não mais admitem a prisão do depositário infiel (por exemplo, o art. 7.º, § 7.º, do *Pacto de São José da Costa Rica*, o art. 11 do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, a *Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana*), a única modalidade de prisão civil a prevalecer na realidade brasileira é a do devedor de alimentos.

Com o máximo respeito, acompanhamos a divergência na linha do bem fundamentado voto do Min. Celso de Mello (natureza constitucional em razão da matéria, ampliando o conceito de "bloco de constitucionalidade" — cf. *item 6.7.1.3*).

Ademais, não conseguimos sustentar a manutenção de um documento que o STF declara acima da lei, mas abaixo da Constituição, contrariando o texto expresso que ainda persiste, no caso, o art. 5.º, LXVII.

Finalmente, entendemos prevalecer a afirmação exarada por Araujo e Nunes Júnior em relação à regra anterior, qual seja, a de que "o reconhecimento da inconstitucionalidade do decreto legislativo que ratifica um tratado internacional não torna o ajuste internacional nulo, mas apenas exclui o Brasil de seu cumprimento, sujeitando-o, no entanto, a sanções internacionais decorrentes do descumprimento".[110]

De qualquer forma, apesar dessas considerações doutrinárias, o STF, na prática, não vem aceitando mais a prisão civil do depositário infiel, entendimento este, agora, materializado na **SV n. 25/2009** (*DJE* de 23.12.2009): "é **ilícita** a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

■ 6.7.1.2.8. Normas constitucionais originárias

Como já estudamos ao tratar do poder constituinte, as normas constitucionais fruto do trabalho do poder constituinte originário serão sempre constitucionais, não se podendo falar em controle de sua constitucionalidade. Os aparentes conflitos devem ser harmonizados por meio da atividade interpretativa, de forma sistêmica.

Já o trabalho dos poderes derivados, como estudado, pode ser declarado inconstitucional, uma vez que referido poder é condicionado aos limites e parâmetros impostos pelo originário.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF: "Ação direta de inconstitucionalidade. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4.º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. **Princípio da unidade hierárquico-normativa** e **caráter rígido** da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido.

Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário" (ADI 4.097-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.10.2008, *DJE* de 07.11.2008).

Apesar dessa **posição firme do STF** (a ser adotada em fases preambulares), em eventual discussão em banca de concurso,[111] é interessante que o ilustre candidato proponha uma releitura desse entendimento, especialmente diante dos **grandes princípios do bem comum, do direito natural, da moral e da razão**, afastando-se a perspectiva rígida de uma "onipotência do poder constituinte" e na linha de consagração do princípio da proibição do retrocesso em relação aos direitos fundamentais.

6.7.1.2.9. O fenômeno da recepção

Em anotação ao Regimento Interno do STF (fonte *Internet)*, lembrou-se o entendimento de que não cabe ADI para questionar validade de lei revogada na vigência de regime constitucional anterior.[112] Então, como deverá ser a verificação da constitucionalidade de lei ou ato normativo anterior à Constituição?

Como já falado, todo ato normativo anterior à Constituição ("AC") não pode ser objeto de controle. O que se verifica é se foi ou não **recepcionado** pelo novo ordenamento jurídico. Quando for compatível, será recebido, recepcionado. Quando não, não será recepcionado e, portanto, será revogado pela nova ordem, não se podendo falar em **inconstitucionalidade superveniente**.[113] Assim, somente os atos editados depois da Constituição ("DC") é que poderão ser questionados perante o STF, através do controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade). Vejamos o esquema:



Confrontar o exposto sobre o fenômeno da recepção com a **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, estabelecida no art. 102, § 1.º, da CF/88, regulamentada pela Lei n. 9.882/99 e por nós comentada no *item 6.7.2*,

que permitiu o controle de atos normativos anteriores à Constituição (AC).

Por fim, resta saber se o STF entende ser possível a **modulação dos efeitos** da decisão em sede de declaração de não recepção da lei pré-constitucional pela norma constitucional superveniente, aplicando-se, por analogia, o art. 27 da Lei n. 9.868/99.

Em alguns julgados que encontramos, na relatoria do Min. Celso de Mello, **não** vem sendo admitida a modulação dos efeitos (cf. RE-AgR 353.508, j. 15.07.2007). **Contudo**, em divergência, o Min. Gilmar Mendes consignou a sua posição como sendo perfeitamente possível. Nesse caso, cf. AI 582.280 AgR, voto do Min. Celso de Mello, j. 12.09.2006, *DJ* de 06.11.2006 — íntegra do voto no *Inf. 442/STF*.

Parece-nos com razão o Min. Gilmar Mendes, até porque a Corte já admitiu a teoria da **lei ainda constitucional** no caso da ação civil *ex delicto,* que será analisada no *item 6.7.1.6.3*.

■ 6.7.1.2.10. Atos estatais de efeitos concretos e atos estatais de efeitos concretos editados sob a forma de lei (exclusivamente formal)

De modo geral, o STF afirma que, em razão da inexistência de densidade jurídico-material (densidade normativa), os **atos estatais de efeitos concretos** não estão sujeitos ao controle abstrato de constitucionalidade (STF, *RTJ* 154/432), na medida em que a ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional.

Assim, em um momento inicial, o STF passou a decidir no sentido de não se conhecer "... de ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos de efeitos concretos". No caso, tratava-se da Lei n. 11.744/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, que declarava como bens integrantes do patrimônio cultural e histórico estadual o prédio e a destinação do Quartel General da Brigada Militar em Porto Alegre (ADI 2.686-RS, Rel. Min. Celso de Mello, 03.10.2002, *Inf. 284/STF*).

A Corte mantinha o entendimento de que, "... só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de **abstração** ou, pelo menos, de **generalidade**. Precedentes (*v.g.* ADI 767, Rezek, de 26.08.92, *RTJ* 146/483; ADI 842, Celso, *DJ* 14.05.93)" (ADI 1.937-MC/QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20.06.2007, *DJ* de 31.08.2007).

CUIDADO: o STF, contudo, **modificou** o seu posicionamento. Trata-se de votação bastante apertada e em sede de **medida cautelar** (e por isso temos de acompanhar mais essa evolução da jurisprudência) que distingue o **ato de efeito concreto editado pelo Poder Público sob a forma de lei** do **ato de**

efeito concreto não editado sob a forma de lei.

Portanto, mesmo que de efeito concreto, se o ato do Poder Público for materializado por **lei** (ou medida provisória, no caso a que **abre créditos extraordinários**, cf. *item 9.14.4.9*), poderá ser objeto do controle abstrato.

Assim, o STF, **modificando o seu entendimento**, destacou que "essas leis formais decorreriam ou da vontade do legislador ou do próprio constituinte, que exigiria que certos atos, **mesmo que de efeito concreto**, fossem **editados sob a forma de lei**. Assim, se a Constituição submeteu a lei ao processo de controle abstrato, meio próprio de inovação na ordem jurídica e instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, **não seria admissível que o intérprete debilitasse essa garantia constitucional**, isentando um grande número de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, talvez, de qualquer forma de controle. Aduziu-se, ademais, **não haver razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas**, e que estudos e análises no plano da teoria do direito apontariam a possibilidade tanto de se formular uma lei de efeito concreto de forma genérica e abstrata quanto de se apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações. Concluiu-se que, em razão disso, o Supremo não teria andado bem ao reputar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas" (**ADI 4.048-MC/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17.04.2008).

Tendo em vista que a decisão foi tomada em **medida cautelar**, resta aguardar como se dará a evolução da jurisprudência do STF. Para se ter uma ideia, o **PGR**, em seu parecer encaminhado à **ADI 4.047**, que tem por objeto a MP n. 409/2007, que abriu crédito extraordinário de R$ 750 milhões em favor de diversos órgãos do Poder Executivo, entendeu que o STF não pode analisar ato de efeito concreto, pedindo, em razão de a votação ter sido bastante apertada (**ADIs 4.048** e **4.049**, *vide* também *Inf. 527/STF*), uma **revisão da matéria**, retomando o entendimento anterior que não admitia ADI tendo por objeto ato de efeito concreto (cf. *Notícias STF 06.01.2009*) **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

■ 6.7.1.2.11. Ato normativo já revogado ou de eficácia exaurida

O STF **não** admite a interposição de ADI para atacar lei ou ato normativo revogado ou de eficácia exaurida, na medida em que "não deve considerar, para efeito do contraste que lhe é inerente, a existência de paradigma revestido de valor meramente histórico" (cf. *RTJ* 95/980, 95/993, 99/544 e 145/339).

6.7.1.2.12. Lei revogada ou que tenha perdido a sua vigência após a propositura da ADI. O caso particular da fraude processual (não prejudicialidade). Novas perspectivas: singularidades do caso (não prejudicialidade)

Nessa hipótese, estando em curso a ação e sobrevindo a revogação (total ou parcial) da lei ou ato normativo, assim como a perda de sua vigência (como acontece com a medida provisória), ocorrerá, por regra, a prejudicialidade da ação, por "perda do objeto".

Isso porque, segundo entendimento do STF, a declaração em tese de lei ou ato normativo não mais existente transformaria a ADI em instrumento de proteção de **situações jurídicas pessoais e concretas** (STF, Pleno, ADI 737/DF, Rel. Min. Moreira Alves). Esses questionamentos deverão ser alegados na via ordinária, ou seja, por intermédio do controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido, "a superveniente revogação — total (ab-rogação) ou parcial (derrogação) — do ato estatal impugnado em sede de fiscalização normativa abstrata faz instaurar, ante a decorrente perda de objeto, situação de prejudicialidade, total ou parcial, da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência, ou não, de efeitos residuais concretos que possam ter sido gerados pela aplicação do diploma legislativo questionado" (ADI 2.010-QO/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).[114]

No entanto, em sentido contrário, destacamos importante voto do **Min. Gilmar Mendes**, relator, no julgamento de questão de ordem na ADI 1.244, **propondo** a "... **revisão da jurisprudência** do STF (...) para o fim de admitir o prosseguimento do controle abstrato nas hipóteses em que a norma atacada tenha perdido a vigência após o ajuizamento da ação, seja pela revogação, seja em razão do seu caráter temporário, restringindo o alcance dessa revisão às ações diretas pendentes de julgamento e às que vierem a ser ajuizadas. O Min. Gilmar Mendes, considerando que a remessa de controvérsia constitucional já instaurada perante o STF para as vias ordinárias é incompatível com os **princípios da máxima efetividade** e da **força normativa da Constituição**, salientou não estar demonstrada nenhuma razão de base constitucional a evidenciar que somente no âmbito do controle difuso seria possível a aferição da constitucionalidade dos efeitos concretos de uma lei. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista da Ministra Ellen Gracie".[115]

Mas **cuidado**, este não é, ainda, o entendimento pacificado no STF, que tem sustentado, em muitos precedentes e como regra, repita-se, a **prejudicialidade** da ação, conforme, por exemplo, no julgamento da ADI

514/PI, em **24.03.2008**, Rel. Min. Celso de Mello (*Inf. 499/STF*) e em tantos outros casos.[116]

Destacamos, contudo, três importantes precedentes nos quais o STF **superou** a preliminar de prejudicialidade:

- **ADI 3.232:** fraude processual;
- **ADI 3.306:** fraude processual;
- **ADI 4.426:** singularidades do caso.

Na **ADI 3.232** (Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.08.2008, *DJE* de 03.10.2008), o STF afastou a prejudicialidade por se tratar de revogação da lei objetivo da ação apenas para frustrar o julgamento, especialmente por já estar pautada a ação. Entendeu o STF que se tratava de verdadeira **fraude processual** e, assim, superou a questão de ordem.

Nesse sentido, conforme afirmou o Ministro Peluso, "... em conformidade com tese reafirmada em recente julgamento, de que foi Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito — que o fato de a lei objeto da impugnação ter sido revogada, não diria, no curso dos processos, mas já quase ao cabo deles, **não subtrai à Corte a jurisdição nem a competência para examinar a constitucionalidade da lei até então vigente e suas consequências jurídicas**, que, uma vez julgadas procedentes as três ações, não seriam, no caso, de pouca monta" (ADI 3.232, cf. *Inf. 515/STF*).

Nesse mesmo sentido, destacamos o julgamento da preliminar na **ADI 3.306** ao estabelecer que, "configurada a fraude processual com a revogação dos atos normativos impugnados na ação direta, o curso procedimental e o julgamento final da ação não ficam prejudicados" (ADI 3.306, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2011, Plenário, *DJE* de 07.06.2011).

Finalmente, no outro precedente, qual seja, no julgamento da **ADI 4.426**, **singularidades do caso** justificaram o excepcional afastamento da jurisprudência atual que adota a regra da prejudicialidade da ação, na medida em que houve "**impugnação em tempo adequado** e a sua **inclusão em pauta antes do exaurimento da eficácia da lei temporária impugnada**, existindo a **possibilidade de haver efeitos em curso**" (ADI 4.426, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.02.2011, Plenário, *DJE* de 18.05.2011. No mesmo sentido, cf. ADI 4.356).

Dessa forma, como se verifica na análise do item seguinte, o STF parece estar "cedendo" à proposta do Min. Gilmar Mendes de se rever o entendimento de prejudicialidade, especialmente em razão **da análise da situação concreta** (*vide* **ADI 2.158** e **ADI 2.189**). (*Na preparação para a*

prova, sugerimos que o nosso ilustre leitor certifique-se de não ter havido modificação do atual posicionamento do STF no sentido da prejudicialidade).

■ 6.7.1.2.13. Alteração do parâmetro constitucional invocado. Novo precedente na linha de não ocorrência de prejuízo desde que analisada a situação concreta. Superação da jurisprudência da Corte acerca da matéria

Prevalecia o entendimento no STF de que, se ocorrer alteração no **parâmetro constitucional invocado**, e já proposta a ADI, esta deverá ser julgada prejudicada em razão da perda superveniente de seu objeto.

Essa situação poderia ser verificada, por exemplo, se o parâmetro (qual seja, a norma constitucional que se invoca como violada) fosse alterado por emenda constitucional.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, **refletindo o posicionamento anterior do STF**, destacou, em importante julgado, que "... a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o regime constitucional anterior, tem proclamado que tanto a superveniente **revogação global** da Constituição da República (*RTJ* 128/515, 130/68, 130/1002, 135/515 e 141/786) quanto a **posterior derrogação (ou alteração substancial) da norma constitucional** (*RTJ* 168/436, 169/834, 169/920, 171/114, 172/54-55 e 179/419; ADI 296/DF, 595/ES, 905/DF, 906/PR, 1.120/PA, 1.137/RS, 1.143/AP, 1.300/AP, 1.510/SC e 1.885-QO/DF), por afetarem o paradigma de confronto invocado no processo de controle concentrado de constitucionalidade, configuram hipóteses caracterizadoras de **prejudicialidade** da ação direta ou da ação declaratória, em virtude da evidente perda de seu objeto...".

Podemos citar dois exemplos nos quais se percebia essa orientação no sentido de que a mudança de **paradigma** acarretava, por regra, a prejudicialidade da ADI previamente ajuizada.

a) revogação primitiva do art. 39, § 1.º, pela EC n. 19/98 — *RTJ* 172/789-90, Rel. Min. Sepúlveda Pertence:

> "... II. Controle direto de inconstitucionalidade: prejuízo. Julga-se prejudicada total ou parcialmente a ação direta de inconstitucionalidade no ponto em que, depois de seu ajuizamento, emenda à Constituição haja ab-rogado ou derrogado norma de Lei Fundamental que constituísse paradigma necessário à verificação da procedência ou improcedência dela ou de algum de seus fundamentos, respectivamente: orientação de aplicar-se no caso, no tocante à alegação de inconstitucionalidade material, dada a revogação primitiva do art. 39, § 1.º, CF/88, pela EC 19/98" (ADI 1.434/SP, Rel. Min. Sepúlveda, *DJ* de 25.02.2000).

b) alteração do art. 40, *caput*, pela EC n. 41/2003, agora permitindo a taxação dos inativos:

> "EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Estadual 3.310/99. Cobrança de contribuição previdenciária de inativos e pensionistas. EC 41/2003. Alteração substancial do Sistema Público de Previdência. Prejudicialidade. 1. Contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos servidores inativos e dos pensionistas do Estado do Rio de Janeiro. Norma editada em data posterior ao advento da EC 20/98. Inconstitucionalidade da lei estadual em face da norma constitucional vigente à época da propositura da ação. 2. Superveniência da Emenda Constitucional 41/2003, que alterou o sistema previdenciário. Prejudicialidade da ação direta quando se verifica inovação substancial no parâmetro constitucional de aferição da regra legal impugnada. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada" (ADI 2.197/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 02.04.2004, p. 8).

Nessas hipóteses (alteração do paradigma constitucional), na mesma linha do voto do Ministro Gilmar Mendes (questão de ordem na ADI 1.244, *Inf. 305/STF*), que busca rever a jurisprudência já pacificada do STF em relação à superveniente revogação de lei objeto da ADI, entendíamos ser razoável a continuidade da ação para a fixação da amplitude dos efeitos produzidos.

CUIDADO — mudança de entendimento pelo STF (15.09.2010)

Contudo, no julgamento da questão de ordem no **ADI 2158**, o STF rejeitou a preliminar de prejudicialidade, mesmo tendo havido a alteração no parâmetro de confronto.

No caso concreto, discutia-se lei do Estado do Paraná que, antes da novidade introduzida pela EC n. 41/2003, estabeleceu a taxação dos inativos.

Como se sabe, a possibilidade de taxação dos inativos foi introduzida pela referida EC n. 41/2003 (*Reforma da Previdência*).

Assim, anteriormente, nenhum ato normativo, mesmo na vigência das regras trazidas pela EC n. 20/98, poderia prescrever a taxação dos inativos.

Por esse motivo, toda lei que eventualmente assim disciplinasse, como foi o caso do Paraná, continha **vício congênito** de inconstitucionalidade e, assim, teria "nascido morta".

A partir do momento em que a EC n. 41/2003 passou a admitir a taxação dos inativos (anteriormente não admitida, já que inconstitucional), foi como se a referida lei, ainda no ordenamento, pudesse ser "recebida" pela nova emenda, já que com ela (a nova regra trazida por emenda) adequada.

Contudo, como se sabe, o STF **não** admite fenômeno da **constitucionalidade superveniente** e, assim, por esse motivo, a referida lei,

que nasceu inconstitucional, deve ser nulificada perante a regra da Constituição que vigorava à época de sua edição **(princípio da contemporaneidade)**.

Dessa forma, analisando a situação do caso concreto, **modificando o seu entendimento**, o STF não admitiu o pedido de prejudicialidade, analisando a constitucionalidade da lei à luz da regra constitucional que à época vigorava. Pedimos vênia, então, para citar a ementa, em razão da **importante mudança de posicionamento pelo STF**:

> "EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. AMB. Lei n. 12.398/98-Paraná. Decreto estadual n. 721/99. Edição da EC n. 41/03. Substancial alteração do parâmetro de controle. **Não ocorrência de prejuízo. Superação da jurisprudência da Corte acerca da matéria**. Contribuição dos inativos. Inconstitucionalidade sob a EC n. 20/98. Precedentes. 1. Em nosso ordenamento jurídico, **não se admite a figura da constitucionalidade superveniente**. Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, **ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor**. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação. 2. A jurisdição constitucional brasileira não deve deixar às instâncias ordinárias a solução de problemas que podem, de maneira mais eficiente, eficaz e segura, ser resolvidos em sede de controle concentrado de normas. 3. A Lei estadual n. 12.398/98, que criou a contribuição dos inativos no Estado do Paraná, por ser inconstitucional **ao tempo de sua edição**, não poderia ser convalidada pela Emenda Constitucional n. 41/03. E, se a norma não foi convalidada, isso significa que a sua **inconstitucionalidade persiste** e é **atual**, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor, alterados que foram pela Emenda Constitucional n. 41/03. **Superada a preliminar de prejudicialidade da ação**, fixando o **entendimento de, analisada a situação concreta, não se assentar o prejuízo das ações em curso, para evitar situações em que uma lei que nasceu claramente inconstitucional volte a produzir, em tese, seus efeitos**, uma vez revogada as medidas cautelares concedidas já há dez anos..." (ADI 2.158 e ADI 2.189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.09.2010, Plenário, *DJE* de 16.12.2010).

6.7.1.2.14. Divergência entre a ementa da lei e o seu conteúdo

O STF entendeu não caracterizar situação de controle de constitucionalidade, na medida em que a simples divergência entre a ementa da lei e o seu conteúdo não seria suficiente para configurar afronta à Constituição (STF, Pleno, ADI 1.096-4, medida liminar, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 1, de 22.09.1995, p. 30589).

6.7.1.2.15. Respostas emitidas pelo Tribunal Superior Eleitoral

O STF entendeu não configurar objeto de ADI as respostas emitidas pelo TSE às consultas que lhe forem endereçadas, na medida em que referidos atos não possuem "eficácia vinculativa aos demais órgãos do Poder Judiciário" (STF, ADI 1.805-MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, *Inf. 104/STF*), tratando-se de ato de caráter administrativo.

6.7.1.2.16. Leis orçamentárias?

De modo geral, o STF entendia que as leis orçamentárias, ou a lei de diretrizes orçamentárias, não poderiam ser objeto de controle, já que se tratava de **leis com efeito concreto, ato administrativo em sentido material**, vale dizer, **leis com objeto determinado e destinatário certo** (cf. *Inf. 99*, ADI(QO) 1.640; *Inf. 175/STF*, ADI 2.100).

Em uma jurisprudência inicial, o STF decidiu que, se demonstrado "um certo grau de abstração e generalidade" da lei, seria admitido o controle em abstrato mediante a ADI. Como exemplo citamos os *Informativos STF* ns. 255 e 333 (ADI 2.925), este último no qual se discutia a abstração da norma que tratava da "suplementação de crédito para reforço de dotações vinculadas aos recursos da CIDE-Combustíveis".

Evoluindo a jurisprudência (cf. *itens 6.7.1.2.5* e *6.7.1.2.10*), o STF passou a admitir o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias. Confira: "Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. **Revisão de jurisprudência**. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, **independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade**. (...) Medida cautelar deferida. Suspensão da vigência da Lei n. 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008" (ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.2008, *DJE* de 22.08.2008). No mesmo sentido: ADI 4.049-MC, cf. *Inf. 527/STF*.

Isso porque a **lei orçamentária** é um ato de efeito concreto na aparência, já que, como decidido, para que seja executada, dependerá da edição de muitos outros atos, estes, sim, de efeito concreto.

Destacamos que a **abertura de crédito extraordinário** pode, segundo o STF, ser comparada à lei orçamentária e, assim, mesmo que por MP, vir a ser o ato questionado por ADI (cf. ADI 4.048 e 4.049, *Infs. 502, 506* e *527/STF* e discussão da matéria no *item 9.14.4.9*).

Conforme já alertado, tendo em vista que a decisão foi tomada em

medida cautelar, resta aguardar como se dará a evolução da jurisprudência do STF. Para se ter uma ideia, o **PGR**, em seu parecer encaminhado à **ADI 4.047**, entendeu que o STF não pode analisar ato de efeito concreto, pedindo, tendo em vista que a votação foi bastante apertada (**ADIs 4.048 e 4.049**, *vide* também *Inf. 527/STF*), uma **revisão da matéria**, retomando o entendimento anterior que não admitia ADI tendo por objeto ato de efeito concreto (cf. *Notícias STF 06.01.2009*) **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

■ 6.7.1.2.17. ADI versus políticas públicas? A teoria da "reserva do possível"

Conforme ementa da ADPF 45 (de indispensável leitura): "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do **controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas**, quando **configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional** atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da **'reserva do possível'**. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do **'mínimo existencial'**. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)" (*Inf. 345/STF*).

Há de se verificar, portanto, no caso concreto, a "razoabilidade da pretensão" e a "disponibilidade financeira" do Estado para a implementação da política pública via controle do STF. Assim, a violação aos direitos mínimos tem de ser **evidente** e **arbitrária**, como o desvio do dinheiro para o ensino e saúde do art. 34, VII, "e"; para a construção de uma obra de embelezamento; ou, ainda, o veto do Executivo a dispositivo da *lei orçamentária anual* que destine dinheiro do fundo de erradicação da pobreza proveniente da extinta CPMF para outra finalidade distinta.

■ 6.7.1.3. Elementos essenciais do controle de constitucionalidade: o conceito de "bloco de constitucionalidade" e o elemento temporal

O tema proposto foi muito bem explorado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da *ADI 595-ES* (*Inf. 258/STF*) e de indispensável leitura pelo candidato vitorioso!

No referido julgamento fixa-se, com precisão, a ideia de dois **elementos essenciais** para se falar em controle de constitucionalidade.

O primeiro, segundo o ilustre Ministro, denominado **elemento conceitual**,

"... consiste na determinação da própria ideia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. De outro, destaca-se o **elemento temporal**, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito".

O *elemento temporal* já foi analisado nos itens precedentes e, como visto, tanto a revogação de lei (cuja constitucionalidade está sendo questionada) como o parâmetro constitucional invocado (em relação ao qual se afere a compatibilidade vertical) ensejam a prejudicialidade da ação direta.

Por outro lado, em relação ao **elemento conceitual**, a ideia é identificar o que deve ser entendido como parâmetro de constitucionalidade. Trata-se de nítido processo de aferição da *compatibilidade vertical* das normas inferiores em relação ao que foi considerado como "modelo constitucional" (**vínculo de ordem jurídica**, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição — **paradigma de confronto**).

Nesse sentido, duas posições podem ser encontradas. Uma ampliativa (englobando não somente as normas formalmente constitucionais como, também, os princípios não escritos da "ordem constitucional global" e, inclusive, valores suprapositivos) e outra restritiva (o parâmetro seriam somente as normas e princípios expressos da Constituição escrita e positivada).

Em relação à perspectiva ampliativa, o Ministro Celso de Mello (*Inf. 258/STF*) vislumbra possam ser "... considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado".

E completa: "não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar — distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico — que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (*RTJ* 71/289, 292 e 77/657)".

Diante de todo o exposto, busca-se fixar, com clareza para o direito

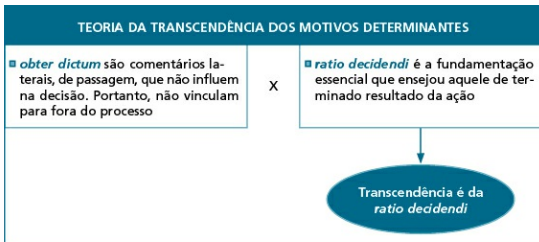
brasileiro, o conceito de **bloco de constitucionalidade**, qual seja, o que deverá servir de parâmetro para que se possa realizar a confrontação e aferir a constitucionalidade.[117]

A tendência ampliativa parece-nos **tímida** na jurisprudência brasileira, que adotou, do ponto de vista jurídico, a ideia de **supremacia formal**, apoiada no conceito de **rigidez constitucional** e na consequente obediência aos **princípios e preceitos decorrentes da Constituição**.

Nesse sentido, Bernardes observa que "... no direito brasileiro prevalece a restrição do parâmetro direto de controle — que aqui poderia ser chamado de *bloco de constitucionalidade em sentido estrito* — às normas contidas, ainda que não expressamente, em texto constitucional (normas formalmente constitucionais)".[118]

Com o advento da **EC n. 45/2004** pode-se afirmar ter havido ampliação do "bloco de constitucionalidade" na medida em que se passa a ter um novo parâmetro (*norma formal* e *materialmente constitucional*), qual seja, nos termos do art. 5.º, § 3.º, os **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em 2 turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.[119]

■ 6.7.1.4. Teoria da transcendência dos motivos determinantes (efeitos irradiantes ou transbordantes?)



O STF vinha atribuindo efeito vinculante não somente ao dispositivo da sentença, mas, também, aos **fundamentos determinantes da decisão**.

Falava-se, então, em **transcendência dos motivos determinantes**, ou **efeitos irradiantes** ou **transbordantes dos motivos determinantes**.

Há de se observar, contudo, a distinção entre *ratio decidendi* e *obter dictum*.

Obter dictum ("coisa dita de passagem") são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, aceita a **"teoria do transbordamento"**, não se falaria em irradiação de *obter dictum*, com efeito vinculante, para fora do processo. Por outro lado, a *ratio decidendi* é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese, aceita a "teoria dos efeitos irradiantes", a "razão da decisão" passaria a vincular outros julgamentos.

Como exemplo, no julgamento da ADI 3.345/DF, que declarou constitucional a Resolução do TSE que reduziu o número de vereadores de todo o País, o STF entendeu que a Suprema Corte conferiu "... efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917".

Sobre a **transcendência dos motivos determinantes**, cf. Rcl 2.986 MC/SE (*Inf. 379/STF*) e Rcl 2.475 (*Inf. 335/STF*), com os comentários já feitos em relação ao controle difuso (cf. *item 6.6.5*).

CUIDADO: no julgamento da **RCL 10604** (08.09.2010), o STF **afastou** a técnica do **transbordamento dos motivos determinantes**.

Em referido julgado, há referência à questão de ordem na **RCL 4219**, na qual se sinaliza a manifestação de 6 Ministros **contra** a teoria da transcendência (referido acórdão ainda não foi publicado e, assim, não tivemos acesso à decisão — **matéria pendente**).

Parece que se trata de verdadeira **jurisprudência defensiva**, no sentido de se evitar o número crescente de reclamações.

Com o máximo respeito, **não parece razoável** se desprezar a teoria da transcendência no **controle concentrado**, já que a **tese jurídica** terá sido resolvida e o dispositivo deve ser lido, em uma perspectiva moderna, à luz da fundamentação (lembrando que somos contra a teoria da transcendência no controle difuso, cf. *item 6.6.5*).

De qualquer forma (e teremos que acompanhar essa *tendência de não aceitação da teoria do transbordamento* — **matéria pendente**, especialmente com a vinda, em 2011, de mais um Ministro, em razão da aposentadoria do Min. Eros Grau), nas palavras do relator Min. Ayres Britto, "... no julgamento da Rcl 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da 'transcendência dos motivos determinantes', oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio

máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e **desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base**, o que se contrapõe à essência mesma do **regime democrático**, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. No mesmo sentido, cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões (cf. Rcl 2.475-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; Rcl 2.990-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Rcl 4.448-AgR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; Rcl 3.014, de minha própria relatoria)" (Min. Ayres Britto, 08.09.2010).

■ 6.7.1.5. Teoria da inconstitucionalidade por "arrastamento" ou "atração", ou "inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados", ou inconstitucionalidade consequencial ou inconstitucionalidade consequente ou derivada

Esse importante tema aparece intimamente ligado aos limites objetivos da coisa julgada e à produção dos efeitos *erga omnes*.[120]

Pela referida teoria da **inconstitucionalidade por "arrastamento"** ou **"atração"** ou **"inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados"**, se em determinado processo de controle concentrado de constitucionalidade for julgada inconstitucional a norma principal, em futuro processo, outra norma dependente daquela que foi declarada inconstitucional em processo anterior — tendo em vista a **relação de instrumentalidade** que entre elas existe — também estará eivada pelo vício de inconstitucionalidade "consequente", ou por "arrastamento" ou "atração".

Poder-se-ia pensar, nesse ponto, que a consequência prática da coisa julgada material, que se projeta para fora do processo, impediria não só que a mesma pretensão fosse julgada novamente, como também, sob essa interessante perspectiva, que a norma consequente e dependente ficasse vinculada tanto ao dispositivo da sentença (principal) quanto à *ratio decidendi*, invocando, aqui, a "teoria dos motivos determinantes".

Esses dois temas no âmbito do controle de constitucionalidade vislumbram uma perspectiva *erga omnes* para os limites objetivos da coisa julgada, em importante avanço em relação à teoria clássica.[121]

Naturalmente, essa técnica da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento pode ser aplicada tanto em processos distintos como em um

mesmo processo, situação que vem sendo verificada com mais frequência.

Ou seja, já na própria decisão, o STF define quais normas são atingidas, e no dispositivo, por "arrastamento", também reconhece a **invalidade** das normas que estão "contaminadas".

Essa contaminação ou perda de validade pode ser reconhecida, também, em relação a decreto que se fundava em lei declarada inconstitucional. Então, o STF vem falando em inconstitucionalidade por arrastamento do decreto que se fundava na lei (cf., por exemplo, ADI 2.995/PE, Rel. Min. Celso de Mello, 13.12.2006).[122]

Nesse sentido, como anotam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, "com efeito, se as normas legais guardam interconexão e mantêm, entre si, vínculo de dependência jurídica, formando-se uma incindível unidade estrutural, não poderá o Poder Judiciário proclamar a inconstitucionalidade de apenas algumas das disposições, mantendo as outras no ordenamento jurídico, sob pena de redundar na desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporadas".[123]

Trata-se, sem dúvida, de exceção à regra de que o juiz deve ater-se aos limites da lide fixados na exordial, especialmente em razão da correlação, conexão ou interdependência dos dispositivos legais e do caráter político do controle de constitucionalidade realizado pelo STF.[124]

■ 6.7.1.6. Lei "ainda constitucional", ou "inconstitucionalidade progressiva", ou "declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade"

■ 6.7.1.6.1. A instituição da Defensoria Pública pela CF/88

Como se sabe, o art. 5.º, LXXIV, da CF/88 estabelece que o Estado prestará **assistência *jurídica* integral e gratuita** aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Esse direito e garantia fundamental instrumentaliza-se por meio da **Defensoria Pública**, instituída pela CF/88 (art. 134, *caput*), que determinou a sua organização em carreira própria e a estabeleceu como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Nesse sentido, em razão de sua instituição pela nova Constituição, a Defensoria Pública tem de ser **efetivamente instalada**, seja em âmbito federal, seja em âmbito estadual ou distrital, o que leva certo tempo.

Então, o que fazer durante esse período de transição, necessário para a efetiva instalação da Defensoria Pública?

Para analisar o tema, trouxemos duas questões práticas já enfrentadas

pelo STF.

6.7.1.6.2. A questão do "prazo em dobro" para a Defensoria Pública no processo penal — rejeição de inconstitucionalidade "rebus sic stantibus"

Nos termos dos arts. 44, I, 89, I, e 128, I, da LC n. 80/94, é prerrogativa dos membros da Defensoria Pública receber **intimação pessoal** em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhes em **dobro todos os prazos**.[125]

Em relação ao **processo civil**, a regra não sofreu qualquer repreensão por parte do STF, até porque há equivalente para o MP e Fazenda Pública, nos termos do art. 188 do CPC.

Contudo, no tocante ao **processo penal**, na medida em que o MP não goza dessa prerrogativa de prazo em dobro, questionou-se se, de fato, a regra poderia ser estabelecida para a Defensoria Pública quando atua como defensora de acusação formulada pelo MP, especialmente em relação ao princípio da isonomia e do devido processo legal.

O STF, ao analisar o tema do **prazo em dobro para o processo penal**, entendeu que referida regra é constitucional até que a Defensoria Pública efetivamente se instale.

Assim, o prazo em dobro para o processo penal só valerá enquanto a Defensoria Pública ainda não estiver eficazmente organizada. Quando isso se verificar, a regra tornar-se-á **inconstitucional**. Trata-se, portanto, de **norma em trânsito para a inconstitucionalidade**.

Nesse sentido, confira o precedente **HC 70.514**, j. 23.03.1994: "EMENTA: Direito Constitucional e **Processual Penal**. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5.º do art. 1.º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. 'Habeas Corpus'. Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5.º do art. 1.º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere **prazo em dobro**, para recurso, às Defensorias Públicas, **ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública**..." (grifamos).

Interessante, também, o voto do Ministro Moreira Alves, que pedimos vênia para transcrever: "a única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas

ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público. Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais. Assim, **a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar**" (grifamos).

6.7.1.6.3. Ação civil "ex delicto" ajuizada pelo MP — art. 68 do CPP

O art. 68 do CPP estabelece: "quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1.º e 2.º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público".

Retorna-se então à dúvida: o art. 68 do CPP previu a ação civil *ex delicto*, que deve ser ajuizada pelo MP. Essa atribuição, contudo, a partir de 1988, passou a ser da Defensoria Pública, seja em razão de sua previsão constitucional (art. 134), seja em razão da regra contida no art. 129, IX, que autoriza o MP a exercer outras funções que lhe forem conferidas, **desde que compatíveis com a sua finalidade**, vedando, assim, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Então, pelo exposto, o art. 68 do CPP teria sido **revogado**, por não recepção, pelo texto de 1988.

A Defensoria Pública, por sua vez, está em trânsito para a efetiva instalação. Para se ter um argumento, só a partir da *Reforma do Judiciário* (EC n. 45/2004) é que a Defensoria Pública Estadual passou a ter autonomia funcional e administrativa.

Portanto, vem o STF entendendo, de maneira acertada, que o art. 68 do CPP é uma lei **ainda constitucional** e que está **em trânsito, progressivamente, para a inconstitucionalidade**, à medida que as Defensorias Públicas forem sendo, **efetiva e eficazmente**, instaladas.

A técnica da "lei ainda constitucional", conforme noticiado, está consagrada no STF,[126] pedindo-se vênia para citar interessante voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que bem analisa a matéria: "Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): **processo de inconstitucionalização das**

leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa, entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei, com fulminante eficácia *ex tunc*, faz abstração da evidência de que **a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo**, mas um processo no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição — ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando **organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134** da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União ou em cada Estado considerado — se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado **ainda vigente**: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328" (RE 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, *RTJ* 175/309-310).

■ 6.7.1.7. "Inconstitucionalidade circunstancial"

O tema agora é diferente do analisado no item anterior.

Busca-se, diante de uma lei formalmente constitucional, identificar que, **circunstancialmente**, a sua aplicação caracterizaria uma inconstitucionalidade, que poderíamos até chamar de **axiológica**.

Trata-se daquilo que foi denominado pela doutrina **"inconstitucionalidade circunstancial"** e, por que não, fazendo um paralelo não muito rígido com o tema anterior, de uma **"lei ainda inconstitucional"** em determinadas situações (enquanto persistirem certas circunstâncias).

Como bem anota Barcellos, "trata-se da *declaração de inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra sobre uma determinada situação específica*... É possível cogitar de situações nas quais um enunciado normativo, válido em tese e na maior parte de suas incidências, ao ser confrontado com determinadas **circunstâncias concretas**, produz uma norma inconstitucional. Lembre-se que, em função da complexidade dos efeitos que se pretendam produzir e/ou da multiplicidade de circunstâncias de fato sobre as quais incidem, também as **regras** podem justificar diferentes condutas que, por sua vez, vão dar conteúdo a normas diversas. Cada uma dessas normas opera em um ambiente fático próprio e poderá ser confrontada com um conjunto específico de outras incidências normativas,

justificadas por enunciados diversos. Por isso, não é de estranhar que **determinadas normas possam ser inconstitucionais em função desse seu contexto particular, a despeito da validade geral do enunciado do qual derivam**”.[127]

Como interessante exemplo, destacamos a **ADI 223**, na qual se discutia a constitucionalidade de normas que proibiam a concessão de tutela antecipada e liminares em face da Fazenda Pública.

Sem dúvida, como anota Barcellos, a análise pelo Judiciário seria diferente para duas situações distintas: **a)** reenquadramento de servidor público; **b)** concessão de tutela antecipada para que o Estado custeasse cirurgia de vida ou morte.

Nesse segundo caso, sem dúvida, dada a circunstância, a lei seria inconstitucional, especialmente diante do art. 5.º, XXXV.

Outro exemplo interessante é a **ADI 4.068**, ajuizada pela OAB e que tem por objeto, em razão da criação da Super-Receita (Lei n. 11.457/2007), a regra contida no art. 16, § 1.º, que determina que a partir de 1.º de abril de 2008 toda a dívida ativa da União seja transferida para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

Segundo alega a OAB, nas atuais **circunstâncias**, a PGFN não teria condições materiais e de recursos humanos para os mais de R$ 401 bilhões (dívida ativa inscrita em 2006), sendo que “a carga de trabalho criada é desumana”.

Conforme noticiado, “sem que os 1.200 cargos criados na PGFN pela própria lei, em seu artigo 18, sejam providos, a instituição não poderá atuar na representação judicial, afirma a ordem. A presente ADI, justifica a autora, ‘em essência, baseia-se nas sérias e jurídicas preocupações quanto à possibilidade administrativa de a PGFN assumir, de imediato, o grande acréscimo de trabalho a ser suportado a partir de abril do corrente ano, quando se dará a assunção de todo o passivo tributário resultante da criação da Super-Receita’, conclui a OAB, pedindo ao Supremo que declare a **inconstitucionalidade ‘circunstancial’** do artigo 16, parágrafo 1.º, da Lei 11.457/2007” (*Notícias/STF, de 15.04.2008*. O parecer da PGR é pela improcedência do pedido) **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

6.7.1.8. O efeito vinculante para o Legislativo e o inconcebível fenômeno da "fossilização da Constituição"

Conforme veremos e já analisamos em outro estudo,[128] o efeito vinculante em ADI e ADC, na linha de interpretação dada pelo STF, não atinge o Poder Legislativo, produzindo eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do **Poder Judiciário** e à **Administração Pública** direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ao analisar a possibilidade de vinculação também para o Legislativo, o Ministro Cezar Peluso indica, com precisão, que essa possível interpretação (diversa da literalidade constitucional) significaria o **"inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição"**.

O Legislativo, assim, poderá, inclusive, legislar em sentido diverso da decisão dada pelo STF, ou mesmo contrário a ela, sob pena, em sendo vedada essa atividade, de significar inegável **petrificação** da evolução social.

Isso porque o valor **segurança jurídica**, materializado com a ampliação dos efeitos *erga omnes* e *vinculante*, sacrificaria o valor **justiça da decisão**, já que impediria a constante atualização das Constituições e dos textos normativos por obra do Poder Legislativo.

O mesmo entendimento poderá ser adotado, também, para o efeito vinculante da súmula, que, em realidade, possui idêntica significação prática em relação ao efeito vinculante do controle concentrado de constitucionalidade.

Entendimento diverso manifestou o Ministro Peluso: "... comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo" **(Rcl 2.617, Inf. 386/STF)**.

6.7.1.9. Município putativo. Princípio da reserva do impossível. Princípio da continuidade do Estado. Princípio federativo. Princípio da segurança jurídica. Princípio da confiança (Karl Larenz). Princípio da força normativa dos fatos (Georg Jellinek). Princípio da situação excepcional consolidada — ADI 2.240/BA — voto do Min. Eros Grau. Voto do Min. Gilmar Mendes — Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Efeito prospectivo. Possibilidade inédita do fenômeno da constitucionalidade superveniente. Dogma da nulidade da lei e garantia da segurança jurídica

Como noticiado no **Inf. 427/STF**, iniciou-se o julgamento da **ADI 2.240**, ajuizada pelo PT contra a Lei n. 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o

Município de Luís Eduardo Magalhães tendo em vista o desmembramento de área do Município de Barreiras.

Dentre os principais argumentos da inconstitucionalidade da lei destacava-se a violação ao art. 18, § 4.º,[129] da CF, na medida em que:

- o novo Município foi criado em ano de eleições municipais;
- não existia lei complementar federal fixando período para criação de Municípios;
- a nova lei estadual violou o regime democrático, na medida em que a consulta prévia plebiscitária não foi realizada com a totalidade da população envolvida no processo de emancipação, mas somente em relação à população do Município que se formou;
- os estudos de viabilidade municipal foram publicados em momento posterior ao plebiscito.

Resumindo, a criação do novo Município violou, frontalmente, a regra do art. 18, § 4.º, fato esse, inclusive, reconhecido pelo relator, Ministro Eros Grau.

Contudo, tendo em vista a **excepcionalidade do caso**, o Ministro Eros Grau "... julgou improcedente o pedido. Asseverou que o aludido Município fora efetivamente criado a partir de uma decisão política, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia há mais de 6 anos e que esta realidade não poderia ser ignorada. Afirmou, no ponto, que esse ente assumira existência e, desta, resultaram efeitos jurídicos. Ressaltou, ainda, que a situação existente no momento da criação do citado Município era anormal, haja vista a não edição de lei complementar dentro de prazo razoável. Ponderando aparente conflito de inconstitucionalidades, quais sejam ofensas ao § 4.º do art. 18 da CF ou ao princípio federativo, entendeu que a existência válida do Município deveria ser reconhecida, para afastar a ofensa à federação. Nesse sentido, considerou os princípios da segurança jurídica e da continuidade do Estado. Salientando que, não obstante a criação desse ente tenha implicado situação excepcional não prevista pelo direito positivo, aduziu que a declaração de improcedência do pedido não servirá de estímulo à criação de novos municípios indiscriminadamente, mas, ao contrário, servirá de apelo ao Poder Legislativo, no sentido de suprir a omissão constitucional reiteradamente consumada. Após, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista" (ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, 18.05.2006 — *Inf. 427/STF*).[130]

O Ministro Eros Grau, assim, consagrou diversos princípios, que podem ser enumerados:[131]

- **Município putativo** — à semelhança do que acontece com o

casamento putativo e a sociedade de fato;

- **princípio da "reserva do impossível"** — "a diferença entre o casamento putativo e o 'Município putativo' está em que, embora possível a anulação do primeiro, a anulação da decisão política de que resultou a criação do Município avança sobre o que poderíamos chamar de 'reserva do impossível', no sentido de não ser possível anularmos o fato dessa decisão política de caráter institucional sem agressão ao princípio federativo";
- **princípio da continuidade do Estado** — que encontra fundamento no art. 1.º da CF e não se confunde com o princípio da continuidade do serviço público;
- **princípio federativo** — justifica a não anulação da decisão política de caráter institucional;
- **princípio da segurança jurídica** — que assegura a preservação da realidade de fato, qual seja, a existência de Município criado há mais de seis anos;
- **princípio da confiança (Karl Larenz)** — tendo como componente a ética jurídica, que se expressa no princípio da boa-fé;
- **princípio da força normativa dos fatos (Georg Jellinek)** — o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia municipal a partir de uma decisão política;
- **princípio da situação excepcional consolidada** — "não prevista pelo direito, porém instalada pela força normativa dos fatos" e "justificada" pela inércia do Poder Legislativo que até então não editara a lei complementar federal fixando prazo para criação de novos Municípios, como determinou a EC n. 15/96, que deu nova redação ao art. 18, § 4.º, da CF/88. Assim, "a não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional".

Embora bastante sedutora a tese, com o máximo respeito, já havíamos manifestado (*na 11. ed. deste estudo*) a nossa discordância, uma vez que não parecia razoável o resultado da construção (declaração de *constitucionalidade* da lei), o que poderia abrir precedentes para novas violações ao art. 18, § 4.º.

Em certa medida, tendo em vista o princípio da razoabilidade, a inexistência, até hoje (desde a EC n. 15, de 12.09.1996), de lei complementar federal fixando prazo e procedimento para a criação de novos Municípios até poderia ser superada. Contudo, não achávamos nada razoável a violação dos outros **pressupostos constitucionais**, como a necessidade de estudo de viabilidade prévio e da consulta plebiscitária a toda a população diretamente interessada (a da área a ser desmembrada e a da área que se desmembra). Assim, a criação de novos Municípios, sem o cumprimento desses requisitos, ensejaria a configuração de inevitável **vício formal** de inconstitucionalidade por violação a pressupostos objetivos do ato.

Havíamos alertado que a jurisprudência pacífica do STF consolidou-se no sentido da total observância dos pressupostos e condições de procedibilidade do art. 18, § 4.º.[132]

Nessa linha, nos termos do voto-vista do Min. Gilmar Mendes, o Plenário do STF declarou inconstitucional a Lei baiana n. 7.619/2000, mas não pronunciou a nulidade do ato, mantendo sua vigência por mais 24 meses. O Min. Eros Grau, por sua vez, revendo o seu voto inicial, acompanhou o voto do Min. Gilmar Mendes também no sentido de declarar a inconstitucionalidade, mas não a nulidade pelo prazo de 24 meses.

Utilizando a *técnica alternativa* de ponderação entre o **princípio da nulidade da lei**, de um lado, e o **princípio da segurança jurídica**, de outro, entendeu o STF que a lei é inconstitucional, mas, aplicando o art. 27 da Lei n. 9.868/99, e tendo em conta razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, apesar de inconstitucional por violar o art. 18, § 4.º, deverá continuar vigorando por 24 meses.

Consagra-se, dessa forma, a técnica da **declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade**, já que, dependendo do caso concreto, como disse o Min. Gilmar Mendes, a "... nulidade da lei inconstitucional pode causar uma **verdadeira catástrofe** — para utilizar a expressão de Otto Bachof — do ponto de vista político, econômico e social".

Conforme observa Gilmar Mendes, o princípio da nulidade continua a ser a regra. "O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio".

E, no Brasil, há uma particularidade de aspecto procedimental, qual seja, o *quorum* qualificado de 2/3 dos votos dos Ministros para reconhecer a **modulação de efeitos** com a possibilidade de estabelecer efeitos prospectivos, ou *pro futuro*, ou a partir do momento que o STF entender razoável.

Nesse caso concreto, o prazo de *24 meses* foi o que o STF entendeu ser possível para corrigir a situação, até porque, no julgamento da **ADO 3682**, os Ministros reconheceram razoável o prazo de *18 meses* para o Congresso Nacional elaborar a lei complementar federal e, assim, dar cumprimento ao dispositivo fixado no art. 18, § 4.º, pela EC n. 15/96 (nova regra que o STF, inclusive, já declarou constitucional e como "freio" para o crescimento exagerado de Municípios[133]).

Trata-se de reconhecimento da omissão com **apelo ao legislador**, para que elabore a lei dentro de 18 meses. Elaborada a lei complementar federal, os Municípios terão o prazo de mais 6 meses (já que se fixou em 24 meses o prazo de vigência das leis estaduais) para corrigir os vícios.

Parece-nos, aqui, que o STF, **diferente do entendimento que *ainda* adota como regra**,[134] admitiu, para esse caso concreto, uma **inédita** e inegável possibilidade do fenômeno da **constitucionalidade superveniente**, permitindo que uma lei que nasceu viciada (*vício formal por violação a pressupostos objetivos do ato*) seja corrigida mediante um procedimento futuro de adequação ao art. 18, § 4.º.

E se não for elaborada referida LC federal pelo CN?

Conforme será discutido no *item 6.7.3.9* (julgamento da *ADO 3.682*), o prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional elabore a LC federal nos termos do art. 18, § 4.º, foi fixado no dispositivo da decisão, tendo, assim, na linha de proposta da doutrina alemã, **caráter mandamental** (cf. a íntegra do acórdão — de *indispensável leitura* —, 50 laudas, no *site* do STF, bem como *Inf. 466/STF*).

Dessa forma, a nossa impressão é de que teria sido imposta ao Congresso Nacional a obrigatoriedade de elaborar a lei e, assim, se descumprida, tendo a decisão caráter mandamental, parece que o STF poderia determinar a elaboração ou, quem sabe, inclusive, por analogia, dentro da ideia de travamento de pauta, ou algum instrumento que derive do art. 64 e seus parágrafos, determinar medida coercitiva para o cumprimento ou, ainda, na tendência de controle de omissões, manifestada pelo STF no julgamento do **MI 712** (cf. *item 14.11.5.4*), quem sabe, inclusive, suprir a omissão.

Cabe alertar, contudo, que restringindo nossa opinião, o **Ministro Presidente do STF** determinou, em **12.09.2008**, por meio do *Ofício n. 346/GP*, fosse oficiado o Presidente da Câmara dos Deputados, encaminhando o inteiro teor do acórdão de fls. 132-187 e esclareceu: **"não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável,** tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI ns. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios".

E se, elaborada a LC federal, os Municípios não se adequarem ao novo procedimento?

Conforme disse a Ministra Ellen, o STF deu **sobrevida** à legislação atacada e fixou o prazo (para esta sobrevida) de 24 meses. Nesse sentido, nas

palavras do Min. Sepúlveda Pertence, "até 24 meses porque, aí, ou ele estará criado por novos atos ou estará **desconstituído**", ficando, assim, na interpretação do Min. Marco Aurélio, o Município submetido a uma **condição resolutiva**. Dessa forma, pelo exposto nas discussões da ADI 2.240, o Município deixaria de existir, voltando ao *statu quo ante*.

Por fim, lembramos que a **EC n. 57/2008** buscou convalidar os vícios indicados, tema que será discutido nos *itens 6.7.3.9* e *7.6.1*.

■ 6.7.1.10. Princípio da proibição do "atalhamento constitucional" e do "desvio de poder constituinte" (utilização de meio aparentemente legal buscando atingir finalidade ilícita)

Conforme veremos no *capítulo 18* deste trabalho (*item 18.4*), a **EC n. 52/2006** buscou acabar, de vez, com a regra consagrada pelo TSE (*Res. n. 21.002/2002*) da obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias em razão do caráter nacional dos partidos políticos.

Nesse sentido, ao modificar o art. 17, § 1.º, da CF/88, estabeleceu ser assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, **sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal**, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

O art. 2.º da EC n. 52/2006, por sua vez, determinou a aplicação do novo preceito (que acabava com a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias) às eleições que ocorreram no ano de 2002. Sem dúvida o objetivo dessa remissão era fazer com que a regra, supostamente direcionada para as eleições de 2002, pudesse já ser aplicada às eleições de 2006, na medida em que, aparentemente, intacto estaria o princípio contido no art. 16 da CF/88.

Como se sabe (e estudaremos no *capítulo 18*), o art. 16 da CF/88 consagra o **princípio da anualidade** ao estabelecer que a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, **não se aplicando à eleição que ocorra em até um ano da data de sua vigência**.

O objetivo do art. 16 é assegurar a estabilidade e a segurança jurídica do processo eleitoral, evitando que as regras mudem no "meio do jogo". Ou seja, a regra pode mudar, contudo só valerá a partir de um ano de sua vigência.

Nesse sentido, pode-se afirmar, com o Ministro *Ricardo Lewandowski* em seu voto,[135] que a manobra empreendida pelo Constituinte Reformador (EC n. 52/2006) "... incorre no vício que os publicistas franceses de longa data

qualificam de *détournement de pouvoir*, isto é, de 'desvio de poder ou de finalidade', **expediente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando-se de um meio aparentemente legal**".

E continua: "em outras palavras, repita-se, buscou-se, no caso, como se viu, **atalhar** o princípio da anualidade, dando efeito retroativo à Emenda 52, promulgada em plena vigência do moralizador artigo 16 da Carta Magna. Trata-se, nas palavras do ilustre Professor Fábio Konder Comparato, que elaborou parecer sobre a matéria, de um 'desvio de poder constituinte', que os autores alemães denominam *Verfassunsbeseitigung*, expressão que, traduzida literalmente, significa '**atalhamento da Constituição**'".

Consagra-se, portanto, o princípio que veda qualquer mecanismo a ensejar o "**atalhamento da Constituição**", vale dizer, qualquer artifício que busque abrandar, suavizar, abreviar, dificultar ou impedir a ampla produção de efeitos dos princípios constitucionais, como, no caso, do princípio da *anualidade do processo eleitoral*.

■ 6.7.1.11. Inconstitucionalidade "chapada", "enlouquecida", "desvairada"

Esta expressão começou a ser utilizada pelo Min. Sepúlveda Pertence quando queria caracterizar uma inconstitucionalidade mais do que **evidente, clara, flagrante**, não restando qualquer dúvida sobre o vício, seja formal, seja material.

Atualmente, vem sendo utilizada pelos Ministros, sempre no sentido inaugurado pelo Min. Pertence, destacando-se alguns julgados, como ADI 2.527, ADI 3.715, ADI 1.923-MC (cf. *Inf. 474/STF*), ADI 1.802-MC etc.

Inovando, o Min. Carlos Britto, no sentido de se descrever uma inconstitucionalidade **manifesta**, chegou a caracterizá-la como "**enlouquecida**, **desvairada**" (ADI 3.232).

■ 6.7.1.12. Início da eficácia da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da lei

De modo geral, o STF entende que a decisão passa a valer a partir da **publicação da ata de julgamento no *DJU***, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado, "exceto nos casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (cf. **ADI 711-QO**, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 05.08.92, *DJ* de 11.06.93); Rcl 2.576 e *Notícias STF*, 23.06.2004; Rcl 3.309 e *Inf. 395/STF*; ADI 3.756-ED, Rel. Min. Carlos Britto, j. 24.10.2007, *DJ* de 23.11.2007). Nesse sentido:

> "EMENTA: 1. **Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADI seja cumprida**. Ao ser julgada

improcedente a ação direta de inconstitucionalidade — ADI 2.335 — a Corte, tacitamente, revogou a decisão contrária, proferida em sede de medida cautelar. Por outro lado, a lei goza da presunção de constitucionalidade. Além disso, é de ser aplicado o critério adotado por esta Corte, quando do julgamento da Questão de Ordem, na ADI 711 em que a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no *Diário da Justiça* da ata da sessão de julgamento. 2. A interposição de embargos de declaração, cuja consequência fundamental é a interrupção do prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC), **não impede a implementação da decisão**. Nosso sistema processual permite o cumprimento de decisões judiciais, em razão do poder geral de cautela, antes do julgamento final da lide. 3. Reclamação procedente" (**RCL 2.576**, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 23.06.2004, *DJ* de 20.08.2004).

■ 6.7.1.13. Competência (ADI genérica)

A competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade será definida em conformidade com a natureza do objeto da ação, qual seja, lei ou ato normativo: federal, estadual, municipal ou distrital. Vejamos as hipóteses.

■ 6.7.1.13.1. Lei ou ato normativo federal ou estadual em face da CF

O art. 102, I, "a", da CF/88 estabelece que compete ao **STF**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, **originariamente**, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de **lei ou ato normativo federal** ou **estadual**. Trata-se de controle concentrado, sendo a ação proposta diretamente no STF, de forma originária. Assim:

- Lei ou ato normativo **federal/estadual** que contrariar a **CF** □ **STF**.

■ 6.7.1.13.2. Lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da CE

O art. 125, § 2.º, da CF/88 estabelece que caberá aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de **leis ou atos normativos estaduais ou municipais** em face da **CE**, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. Ou seja, cada Estado criará o seu sistema de controle concentrado de constitucionalidade, mas agora de lei ou ato normativo estadual ou municipal que contrariarem a Constituição do aludido Estado-membro. Quem terá competência para o julgamento será o **Tribunal de Justiça do Estado** (TJ).[136] Vejamos o esquema:

- Lei ou ato normativo **estadual/municipal** que contrariar a **CE** □ **TJ local**.

■ 6.7.1.13.3. Lei ou ato normativo municipal em face da CF

Nesse caso, por falta de expressa previsão constitucional, seja no art. 102, I, "a", seja no art. 125, § 2.º, **inexistirá controle concentrado por ADI**. O máximo que pode ser feito é o controle via sistema difuso, podendo a questão levada ao Judiciário, através do recurso extraordinário, de forma incidental, ser apreciada pelo STF e ter a sua eficácia suspensa, pelo Senado Federal, nos exatos termos do art. 52, X.

Esse silêncio em estabelecer a hipótese do aludido controle concentrado, de forma proposital, é chamado, como lembram Araujo e Nunes Júnior, de **silêncio eloquente**.[137]

Nesse sentido, o STF, pela ADI 347-SP, corroborando o entendimento acima exposto, suspendeu a eficácia do art. 74, XI, da CE/SP, que dizia que o controle das leis municipais que contrariassem a CF seria feito pelo TJ local.

Em caso de haver repetição da norma da CF pela CE (**normas repetidas**), o entendimento é o de que, apesar de incabível o controle de constitucionalidade concentrado perante o STF (da lei ou ato normativo municipal tendo por paradigma de confronto a CF), será perfeitamente possível a realização do controle concentrado perante o TJ local, confrontando-se a lei municipal em face da CE que repetiu norma da CF, mesmo em caso de norma da CE de **repetição obrigatória e redação idêntica** à norma da CF (cf. STF, Rcl 383-SP, REMC 16.390-AL e Rcl 386-8/SC, Rel. Min. Octavio Gallotti).

Nesse caso destacamos a possibilidade de cabimento de recurso extraordinário a ser julgado pelo STF quando a norma que serviu de parâmetro de controle da CE for norma de reprodução obrigatória, repetida e copiada da CF, tema que será estudado no *item 6.8.6*.

Confrontar, por fim, a discussão exposta acima com a **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, estabelecida no art. 102, § 1.º, da CF/88, regulamentada pela Lei n. 9.882/99 e por nós comentada no *item 6.7.2*, que admite referida ação tendo por objeto lei municipal perante a CF/88!

Como regra geral, o esquema é o seguinte:

- Lei ou ato normativo **municipal** que contrariar a **CF** □ **não há controle concentrado através de ADI, só difuso. Há, contudo, a possibilidade de ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental tendo por objeto lei municipal confrontada perante a CF**.

■ 6.7.1.13.4. Lei ou ato normativo distrital em face da CF/88

No tocante ao Distrito Federal, o poder constituinte originário de 1988 deixou de fazer qualquer previsão expressa ao controle de constitucionalidade das leis emanadas do Legislativo do Distrito Federal.

Apesar disso, o art. 32, § 1.º, estabelece que ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. Assim, o controle concentrado a ser exercido pelo STF será possível ou não, de acordo com a natureza da norma constitucional elaborada pelo Distrito Federal. Vejamos:

- Lei ou ato normativo **distrital** de **natureza estadual** que contrariar a **CF** □ **STF**;
- Lei ou ato normativo **distrital** de **natureza municipal** que contrariar a **CF** □ **não há controle concentrado através de ADI,**[138] **só difuso**. Há, contudo, a possibilidade do ajuizamento da **arguição de descumprimento de preceito fundamental** tendo por objeto lei ou ato normativo **distrital**, de natureza **municipal**, confrontada perante a **CF**.

6.7.1.13.5. Lei ou ato normativo distrital em face da Lei Orgânica Distrital

De acordo com o art. 32, *caput,* da CF/88, o Distrito Federal, vedada a sua divisão em Municípios, reger-se-á por **lei orgânica**. Indagamos, então: seria possível o controle concentrado de lei ou ato normativo distrital, em face da Lei Orgânica Distrital?

Fazendo pesquisa na jurisprudência do TJDF, encontramos julgados permitindo o referido controle, corroborados pelo Regimento Interno do TJDF (arts. 206 a 209). Vejamos ementa elucidando o assunto:

> "Ação direta de inconstitucionalidade. Lei local em face da LODF. Competência. Liminar. Requisitos. I — O leito processual adequado para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade de **lei local em face da lei orgânica do Distrito Federal** é a ação direta de inconstitucionalidade. II — Não há lacunas na Constituição Federal relativamente à competência para o processo e julgamento da ADI. Ocorre, tão só, falta de explicitude da Lei Maior. Tal competência é afeta ao **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, por interpretação sistemática, quanto ao método, e extensiva, quanto ao alcance, dos arts. 125, § 2.º, e 32, § 1.º, da CF. III — O procedimento a ser adotado na ADI encontra-se descrito no *RISTF*, de aplicação subsidiária" (destacamos).[139]

Esse entendimento jurisprudencial passou a encontrar expresso amparo legal. A **Lei n. 9.868/99**, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF, alterou a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal (Lei n. 8.185/91), acrescentando a alínea "n" ao inciso I do art. 8.º, que atribui competência ao TJ local para processar e julgar, originariamente, a *ADI de lei ou ato normativo do DF em face da sua Lei Orgânica*.

Referida lei foi revogada pela **Lei n. 11.697/2008** (lei federal que dispõe

sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios), que manteve a mencionada competência no art. 8.º, I, "n" e, ainda, estabeleceu, na alínea "o", a atribuição para processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica.

A previsão da ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), que já constava no art. 30 da Lei n. 9.868/99, foi mantida no art. 8.º, § 4.º, II, da Lei n. 11.697/2008.

Ainda, seguindo a orientação da Lei n. 9.868/99, nos termos do art. 8.º, § 5.º, da comentada Lei n. 11.697/2008, ficou mantida a regra no sentido de se aplicar, no que couber, ao processo e julgamento da **ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal, em face da sua Lei Orgânica**, as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o STF.

Esse entendimento, qual seja, apresentar-se a **Lei Orgânica do DF** como parâmetro ou paradigma de confronto, encontra-se pacificado na jurisprudência do STF:

> "EMENTA: Antes de adentrar no mérito da questão aqui debatida, anoto que, muito embora não tenha o constituinte incluído o Distrito Federal no art. 125, § 2.º, que atribui competência aos Tribunais de Justiça dos Estados para instituir a representação de inconstitucionalidade em face das constituições estaduais, a Lei Orgânica do Distrito Federal apresenta, no dizer da doutrina, a natureza de verdadeira Constituição local, ante a autonomia política, administrativa e financeira que a Carta confere a tal ente federado. Por essa razão, entendo que se mostrava cabível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade pelo MPDFT no caso em exame" (RE 577.025, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.12.2008, Plenário, *DJE* de 06.03.2009).

■ 6.7.1.13.6. Lei municipal em face da Lei Orgânica do Município

Nesse caso não estaremos diante de controle de constitucionalidade, mas de simples controle de **legalidade**, cujas regras deverão ser explicitamente previstas na Lei Orgânica de cada Município.

Manoel Carlos, de forma interessante, reconhecendo a natureza constitucional da lei orgânica de Município, sugere que a possibilidade de controle seja pela via incidental, como **abstratamente**, lembrando a previsão de controle concentrado de lei municipal em face da lei orgânica, nos termos do art. 61, I, "l", da Constituição do Estado de Pernambuco.[140]

Resta aguardar como o STF vai evoluir sobre esse assunto **(matéria pendente)**, parecendo bastante sedutora a proposta doutrinária.

Por enquanto, contudo, parece que a melhor orientação (no caso dos *concursos públicos*) seria seguir a conclusão de André Ramos Tavares, no sentido de que o controle seria feito pelo **sistema difuso** apenas.[141]

6.7.1.14. Legitimidade (ADI genérica)

No tocante à legitimidade, estudaremos os legitimados para a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, contestados em face da CF, sendo julgada pelo STF.

As partes legítimas para propositura da ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, contestados em face da CE, serão especificadas em cada Constituição Estadual. Para se ter um exemplo, a CE/SP estabeleceu os legitimados em seu art. 90. Para os concursos, como regra geral, o candidato deverá conhecer os dispositivos da CF, conforme pode ser observado pelo perfil das provas, motivo pelo qual a ela nos restringiremos.

Assim, a CF/88, ampliando o rol de legitimados, que até 1988 apenas se estendia ao Procurador-Geral da República (PGR), estabeleceu, em seu art. 103, que a ADI genérica, para questionar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual contestados em face da própria CF, poderá ser proposta:

I — pelo Presidente da República;

II — pela Mesa do Senado Federal;

III — pela Mesa da Câmara dos Deputados;[142]

IV — pela Mesa de Assembleia Legislativa de Estado ou pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (alterado pela EC n. 45/2004);[143]

V — pelo Governador de Estado ou do Distrito Federal (alterado pela EC n. 45/2004);[144]

VI — pelo Procurador-Geral da República;

VII — pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII — por partido político com representação no Congresso Nacional;[145]

IX — por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.[146]



No tocante aos legitimados, o STF prescreve que alguns devem demonstrar interesse na aludida representação, em relação à sua finalidade institucional. Todos os membros acima citados são **neutros** ou **universais**, possuidores de **legitimação ativa universal**, ou seja, não precisam demonstrar

a **pertinência temática**, exceto os dos incisos IV — *Mesa de Assembleia Legislativa de Estado* (e, como vimos, também a Mesa da Câmara Legislativa); V — *Governador de Estado* (também o Governador do DF) e IX — *confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional*, que são autores **interessados** ou **especiais**, ou seja, devem demonstrar o interesse na propositura da ação relacionado à sua finalidade institucional.

■ E "associação de associação" pode ser classificada como entidade de classe para a propositura da ADI?

Inicialmente, o STF negou legitimidade ativa à Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) (ADI 591-MC/DF, *RTJ* 138/81) por se tratar de "associação de associação".

Entretanto, a Suprema Corte **modificou o seu entendimento** nos seguintes termos: "Associação de Associações: Legitimidade para ADI (Transcrições) (v. *Informativo* 356), ADI 3.153 AgR/DF, Relator p/ acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Voto: Presidente, volta ao Plenário um problema cuja solução, na jurisprudência da Corte, jamais, pessoalmente, me convenceu: é a que baniu da legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade o que se tem chamado 'associação de associações'. A meu ver, nada o justifica. Chegou-se a falar que uma 'associação de associações' só poderia defender os interesses das suas associadas, vale dizer, das associações que congrega. Mas, *data venia*, o paralogismo é patente. A entidade é de classe, da classe reunida nas associações estaduais que lhe são filiadas. O seu objetivo é a defesa da mesma categoria social. E o fato de uma determinada categoria se reunir, por mimetismo com a organização federativa do País, em associações correspondentes a cada Estado, e essas associações se reunirem para, por meio de uma entidade nacional, perseguir o mesmo objetivo institucional de defesa de classe, a meu ver, não descaracteriza a entidade de grau superior como o que ela realmente é: uma entidade de classe. No âmbito sindical, isso é indiscutível. As entidades legitimadas à ação direta são as confederações, que, por definição, não têm como associados pessoas físicas, mas, sim, associações delas. Não vejo, então, no âmbito das associações civis comuns não sindicais, como fazer a distinção. Peço todas as vênias ao eminente Relator — aliás já discutimos a respeito, desde pelo menos o caso CUT e CGT, na ADI 271 — para dar provimento ao agravo regimental, a fim de que se processe a ação direta" (*Inf. 361*/STF).

■ E a perda de representação do partido político no Congresso?

Tendo em vista a importância do novo entendimento, já anunciado em nota anterior, cabe destacar que o STF decidiu que a perda de representação do partido político no Congresso Nacional, após o ajuizamento da ADI, não

descaracteriza a legitimidade ativa para o prosseguimento na ação. Isso porque, além dos argumentos já expostos, "... a aferição da legitimidade deve ser feita no momento da propositura da ação..." (ADI 2.159 AgR/DF, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 12.08.2004. Vencidos o Min. Carlos Velloso, relator, e o Min. Celso de Mello, que consideravam que a perda da representação implicava a perda da capacidade postulatória).

■ **E a necessidade de advogado?**

O STF entendeu que somente os partidos políticos e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional é que deverão ajuizar a ação por advogado (art. 103, VIII e IX). Quanto aos demais legitimados (art. 103, I-VII), a capacidade postulatória decorre da Constituição.

Nesse sentido: "O Governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, **possuem capacidade processual plena** e dispõem, *ex vi,* da própria norma constitucional, de **capacidade postulatória**. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado" (ADI 127-MC/QO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.11.1989, *DJ* de 04.12.1992).

■ 6.7.1.15. Procedimento (ADI genérica)

O procedimento vem delimitado nos §§ 1.º e 3.º do art. 103 da CF/88, explicitado nos arts. 169 a 178 do *RISTF*, bem como nas regras trazidas pela Lei n. 9.868, de 10.11.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Como vimos, a ação será proposta por um dos legitimados do art. 103 da CF/88, que deverá indicar na petição inicial o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, bem como o pedido, com suas especificações.

De acordo com o parágrafo único do art. 3.º da Lei n. 9.868/99, corroborando a jurisprudência do STF, a petição inicial, quando subscrita por advogado, deverá vir acompanhada de **instrumento de procuração** (e, acrescente-se, outorgada com **poderes especiais** para a instauração do pertinente processo de controle normativo abstrato perante a Corte Constitucional, indicando, objetivamente, a lei ou o ato normativo e

respectivos preceitos — quando for o caso — que estejam sendo levados à apreciação do Judiciário através da ADI — cf. STF, Pleno, ADI 2.187-7/BA, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 19.05.2000), e será apresentada em duas vias, devendo conter cópia da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Percebendo o relator que a petição inicial é inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, poderá liminarmente indeferi-la, cabendo recurso de agravo para impugnar a decisão.

Não sendo o caso de indeferimento liminar, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, devendo tais informações ser prestadas no prazo de 30 dias contado do recebimento do pedido.

A jurisprudência do STF, cabe alertar, tem reconhecido a faculdade de o relator requisitar **informações complementares**, "... com o objetivo de permitir-lhe uma avaliação segura sobre os fundamentos da controvérsia" (ADI 2.982-ED e ADI 3.832, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 05.04.2010, *DJE* de 16.04.2010).

Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de 15 dias. O primeiro defenderá o ato impugnado, enquanto o segundo poderá dar parecer tanto favorável como desfavorável.

Temos percebido, **contudo**, algumas situações nas quais o AGU, segundo orientação do STF, "não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade" (*vide* ADI 1.616/PE, ADI 2.101/MS, ADI 3.121/SP e ADI 3.415/AM). Ainda, evoluindo a jurisprudência firmada na ADI 71, a partir da **interpretação sistemática**, na **ADI 3.916**, entendeu o STF que a AGU tem o **direito de manifestação** (cf. *item 12.3.6.4*).

O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Trata-se da importante figura da *amicus curiae* que vem sendo discutida no *item 6.7.1.16*.

Ainda, desde que haja necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o **relator** requisitar outras, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.[147]

Nesse particular, interessante destacar que somente em **20.04.2007**

realizou-se, de modo inédito, a primeira **audiência pública** para o cumprimento do art. 9.º, § 1.º, da Lei n. 9.868/99.

Tratava-se da ADI 3.510, proposta pelo PGR, contra a utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. "O PGR argumentava que '... a lei afronta a Constituição Federal no que diz respeito ao **direito à vida** e a **dignidade da pessoa humana**. Sustenta, com base na opinião de diversos especialistas em bioética e sexualidade, que a vida humana começa a partir da **fecundação** e ressalta que 'o embrião humano é vida humana"' (*Notícias STF,* 19.04.2007).

Conforme aprofundamos no *item 14.10.1.2*, o STF entendeu, por 6 X 5, que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, nem mesmo a dignidade da pessoa humana, julgando, assim, improcedente a ADI 3.510.

Outras audiências públicas foram verificadas, destacando-se as que aconteceram na **ADPF 101** (*importação de pneus usados* — 27.06.2008), na **ADPF 54** (*interrupção de gravidez por anencefalia* — 26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro, todas em 2008), nos **AgR** nas **SL ns. 47 e 64**, nas **STA ns. 36, 185, 211 e 278** e nas **SS ns. 2361, 2944, 3345 e 3355** (*audiências públicas que discutiram a judicialização da saúde pública e, em especial, a possibilidade de decisões jurisdicionais obrigarem o Estado a fornecer tratamentos e medicamentos* — 27, 28 e 29 de abril e 4, 5 e 6 de maio de 2009), bem como na **ADPF 186** e no **RE 597.285/RS** (*audiência pública sobre a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa ou discriminação reversa — cotas de acesso ao ensino superior* — 3 a 5 de março de 2010).

O relator poderá, ainda, solicitar **informações** aos Tribunais Superiores, aos Tribunais Federais e aos Tribunais Estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Finalmente, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para o julgamento.

A declaração de inconstitucionalidade será proferida pelo voto da **maioria absoluta** dos membros do STF (art. 97 da CF/88), desde que presente o *quorum de instalação da sessão de julgamento*, previsto no art. 143, parágrafo único, do *RISTF*, conforme noticia o art. 173 do aludido Regimento.

Assim, para começar a sessão de julgamento é necessária a presença de, pelo menos, **8** Ministros. Presentes os 8 Ministros, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado **6** Ministros (maioria absoluta).[148]

Por se tratar de **processo objetivo** de controle abstrato de constitucionalidade, algumas regras são muito importantes e particulares, destacando-se:

- **inexistência de prazo recursal em dobro ou diferenciado para contestar:** a norma inscrita no art. 188 do CPC (que determina que se compute em **quádruplo** o prazo para **contestar** e em **dobro** para **recorrer**, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público), restringe-se ao "... domínio dos processos subjetivos, que se caracterizam pelo fato de admitirem, em seu âmbito, a discussão de situações concretas e individuais", **não** se aplicando, portanto, ao **processo objetivo** de controle abstrato de constitucionalidade (ADI 2.130-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.10.2001, *DJ* de 14.12.2001);
- **inexistência de prazo prescricional** ou **decadencial**;[149]
- **não admissão da assistência jurídica a qualquer das partes, nem intervenção de terceiros**, de acordo com o art. 169, § 2.º, do *RISTF* (conforme o art. 7.º da Lei n. 9.868/99), salvo a figura do *amicus curiae*;[150]
- **vedada, expressamente, a desistência da ação proposta:** de acordo com o art. 5.º, *caput*, da Lei n. 9.868/99;
- **irrecorribilidade:** o art. 26 da Lei n. 9.868/99 estabelece a irrecorribilidade, salvo a interposição de embargos declaratórios;
- **não rescindibilidade da decisão proferida**, tudo em razão da **natureza objetiva** do processo de ADI;
- **não vinculação à tese jurídica (causa de pedir):** o STF, ao julgar a ADI, não está condicionado à *causa petendi*, mas ao **pedido do autor**, não se *vinculando a qualquer* tese jurídica apresentada. Devem os Ministros apreciar o pedido de suposta inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, podendo, por conseguinte, decretar a inconstitucionalidade da norma por fundamentos diversos (STF, *RTJ* 46/352).

■ 6.7.1.16. A figura do "amicus curiae" (ADI e demais ações)

■ 6.7.1.16.1. Regras gerais

Entendemos importante analisar tema que vem ganhando destaque nos concursos públicos: a figura do *amicus curiae* no processo objetivo do controle concentrado de constitucionalidade.

Conforme esclareceu o Ministro Celso de Mello, "o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros não dispõem, em nosso sistema de direito positivo, de legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato (*RDA* 155/155, 157/266 — ADI 575-PI (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*)". Isso porque, continua, "... o processo de

fiscalização normativa abstrata qualifica-se como processo de caráter objetivo (*RTJ* 113/22, 131/1001, 136/467 e 164/506-507)" (ADI 2.130-MC/SC, *DJ* de 02.02.2001, p. 145).

Essa regra está expressa no art. 7.º, *caput*, da Lei n. 9.868/1999, que veda a "intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade".

No entanto, o art. 7.º, § 2.º, da referida lei estabelece que "o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

A lei, assim, consagrou a figura do *amicus curiae* ou "amigo da Corte". A literalidade do dispositivo já traz alguns elementos:

- **relator:** a admissão ou não do *amicus curiae* será decidida pelo relator, que verificará o preenchimento dos requisitos e a conveniência e oportunidade da manifestação. Destacamos que, mesmo admitido (pelo relator), o Tribunal poderá deixar de referendá-lo, afastando a sua intervenção (nesse sentido, cf. ADI 2.238, *DJ* de 09.05.2002);
- **a decisão será irrecorrível:** não cabe recurso da decisão interlocutória que admite ou não a presença do *amicus curiae*. Esse entendimento busca evitar tumulto processual e é a literalidade da lei. **Contudo**, alguns Ministros estão aceitando a interposição de recurso para impugnar a decisão de não admissibilidade de intervenção do *amicus* (cf. Sepúlveda Pertence na ADI 2.591 — fls. 18, que sustenta o cabimento de agravo; ou, na ADI 3.346, o Ministro Marco Aurélio sustenta o cabimento de embargos de declaração, mas, mantida a decisão de indeferimento, **não** admite o agravo — ADI 3.346, j. 28.04.2009. O tema ainda está um pouco confuso e precisa ser mais bem uniformizado perante os Ministros) (**matéria pendente de julgamento pelo STF** — Cf. *item 6.7.1.16.7*);
- **requisitos:** relevância da matéria **e** representatividade dos postulantes;
- **prazo para admissão:** a previsão era a do § 1.º do art. 7.º da Lei n. 9.868/99 (*prazo das informações*), que, no entanto, foi **vetado**. Nas razões do veto, o Presidente da República observa que "... eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6.º" (Mensagem n. 1.674/99). Trata-se do prazo de 30 dias contado do recebimento do pedido de informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (nesse sentido, cf. ADI 1.104). **Entendemos, contudo, que dada a natureza e finalidade do *amicus curiae* esse prazo poderá ser flexibilizado pelo relator, que terá a discricionariedade para aceitar ou não a sua presença no processo objetivo, ainda que após o decurso do aludido**

prazo, ou, até mesmo, somente para a apresentação de sustentação oral, como se verificou na ADPF 46/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 20.06.2005). O objetivo do instituto do *amicus curiae* é auxiliar a instrução processual. Assim, em um primeiro momento, o STF entendeu como possível a sua admissão no processo até o início do julgamento. Uma vez em curso e já iniciado o julgamento, a presença do *amicus curiae* deverá ser rejeitada para evitar tumulto processual (nesse sentido, cf. ADI 2.238, *Inf. 267/STF*). Avançando, o STF **mudou o entendimento** e restringiu um pouco mais o momento. A partir do julgamento da **ADI 4.071** AgR/DF (Rel. Min. Menezes Direito, **22.04.2009**, *DJE* de 16.10.2009 e *Inf. 543/STF*), **o *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta**.[151]

Além desses requisitos expressos na lei, a jurisprudência do STF vem estabelecendo que, uma vez admitido o *amicus curiae*, ele passa a ter direito de:

- **apresentar sustentação oral I:** "... assinalo, por necessário, que, em face da decisão plenária proferida em questão de ordem suscitada na **ADI 2.777/SP**, Rel. Min. Cezar Peluso (*DJU* de 15.12.2003, p. 5), o 'amicus curiae', uma vez formalmente admitido no processo de fiscalização normativa abstrata, tem o direito de proceder à sustentação oral de suas razões, observado, no que couber, o § 3.º do art. 131 do *RISTF*, na redação conferida pela Emenda Regimental 15/2004" (ADI 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 29.08.2005. Nesse sentido, cf. ADI 3.540, *DJ* de 25.08.2005; ADI 3.498, *DJ* de 09.08.2005; ADPF 73, *DJ* de 08.08.2005; ADPF 46/DF, *DJ* de 20.06.2005; ADI 3.056, *DJ* de 06.06.2005);
- **apresentar sustentação oral II:** nesse julgamento da ADI 2.777 o Ministro Sepúlveda Pertence, "... considerando que a Lei 9.868/99 não regulou a questão relativa à sustentação oral pelos *amicus curiae*, entendeu que compete ao Tribunal decidir a respeito, através de norma regimental, razão por que, excepcionalmente e apenas no caso concreto, admitiu a sustentação oral. Vencidos os Ministros *Carlos Velloso* e *Ellen Gracie*, que, salientando que a admissão da sustentação oral nessas hipóteses poderia implicar a **inviabilidade de funcionamento da Corte**, pelo eventual excesso de intervenções, entendiam possível apenas a manifestação escrita" (ADI 2.777, *Inf. 331/STF*);
- **apresentar sustentação oral III:** a tese vencedora que **admite a sustentação oral pelo *amicus curiae*** está consagrada, como visto, no **art. 131, § 3.º, do Regimento Interno do STF**, nos termos da Emenda Regimental n. 15, de 30.03.2004, com a seguinte redação: "admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de

constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2.º do artigo 132 deste Regimento". O *caput* do art. 132 estabelece que cada uma das partes falará pelo tempo máximo de 15 minutos. Já o seu § 2.º determina que, se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar.

Continuando, lembramos que o instituto do *amicus curiae* se consolidou no julgamento da ADI 2.130-MC/SC, no voto do Ministro Celso de Mello (*DJ* de 02.02.2001, p. 145), pedindo vênia para destacar as suas principais passagens:

- "a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como **fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte**, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma **perspectiva eminentemente pluralística**, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os **interesses gerais da coletividade** ou que expressem os **valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais**. Em suma: a regra inscrita no art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99 — que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* — tem por precípua finalidade **pluralizar o debate constitucional**" (grifamos);
- "... a regra inovadora constante do art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99, que, em caráter excepcional, **abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial**, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de **representatividade adequada** no processo de controle abstrato de constitucionalidade" (grifamos);
- "... entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Cumpre permitir-lhe, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à **sustentação oral** das razões que justificaram a sua admissão formal na causa. Reconheço, no entanto, que, a propósito dessa questão, existe decisão monocrática, em sentido contrário, proferida pelo eminente Presidente desta Corte, na Sessão de julgamento da ADI 2.321-DF (medida cautelar)";
- assim, continua o ilustre Ministro, o STF, ao admitir a figura do *amicus curiae*, nas hipóteses previstas na lei e de acordo com a jurisprudência que se vem firmando, "... não só garantirá **maior efetividade** e atribuirá **maior legitimidade às suas decisões**, mas, sobretudo, **valorizará**, sob uma perspectiva eminentemente **pluralística**, o sentido **essencialmente**

> **democrático dessa participação processual**, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo — como o de controle abstrato de constitucionalidade — cujas **implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação**".

■ 6.7.1.16.2. É possível a admissão do "amicus curiae" na ADC?

Essa questão parece bastante pertinente, especialmente diante do veto do § 2.º do art. 18 da Lei n. 9.868/99.

De fato, na mesma linha do art. 7.º, *caput*, o art. 18, *caput*, que também não foi vetado, veda a intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

O § 2.º do art. 18, tinha a mesma redação dada ao § 2.º do art. 7.º, o qual, por sua vez, não foi vetado, nos seguintes termos:

> "§ 2.º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo estabelecido no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

Então, temos a seguinte situação: o dispositivo legal que admitia a figura do *amicus curiae* foi vetado para a ADC (ação declaratória de constitucionalidade), não o sendo para a ADI (ação direta de inconstitucionalidade).

Como poderemos demonstrar melhor no *item 6.7.1.17* (Efeitos da decisão), ADI e ADC são **ações dúplices** ou **ambivalentes**, ou seja, são ações "com sinais trocados", já que a procedência de uma implica a improcedência da outra.

Essa tendência vinha sendo percebida na jurisprudência do STF (Rcl AgR-QO 1.880 — *Inf. 289/STF*), estando praticamente consolidada na **Reforma do Judiciário**, EC n. 45/2004. Isso porque os legitimados para as ações e os efeitos da decisão passaram a ser os mesmos. A única diferença ainda existente está no objeto da ADC, que continua sendo exclusivamente a **lei federal** (diferentemente da ADI, que tem por objeto tanto a lei federal como a estadual e a distrital de natureza estadual). Cabe alertar, contudo, que, na **PEC Paralela do Judiciário** (PEC n. 29-A/2000-SF e 358/2005-CD), o objeto da ADC passa a ser, também, além da lei federal, a estadual e a distrital de natureza estadual, fechando, em definitivo, essa situação de ambivalência. Resta aguardar a sua aprovação!

Diante do exposto, entendemos perfeitamente possível a aplicação, por analogia, da regra que admite o *amicus curiae* na ADI (art. 7.º, § 2.º, da Lei

9.868/99) para a ADC. Portanto, admissível, com as ressalvas já apresentadas, a figura do *amicus curiae* na **ação declaratória de constitucionalidade**.

Nesse sentido, o próprio Presidente da República já havia se posicionado nas razões do veto do art. 18, § 2.º (*Mensagem n. 1.674/99*): "o veto ao § 2.º constitui consequência do veto ao § 1.º. **Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2.º do art. 7.º**".

■ 6.7.1.16.3. Cabe "amicus curiae" na ADPF?

O art. 6.º, § 2.º, da Lei n. 9.882/99, tem a seguinte redação: "poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por **requerimento dos interessados no processo**".

Dessa forma, observa-se que não há, no caso, dispositivo explícito tratando da figura do *amicus curiae*. Contudo, **excepcionalmente**, o STF vem admitindo a sua presença, aplicando, por analogia, o art. 7.º, § 2.º, da Lei n. 9.868/99, desde que se demonstrem a **relevância da matéria** e a **representatividade dos postulantes**.

Na **ADPF 46/DF**, o Ministro Marco Aurélio posicionou-se pela sua admissibilidade, porém, como exceção à regra geral, nos seguintes termos: "... É possível a aplicação, por analogia, ao processo revelador de arguição de descumprimento de preceito fundamental, da Lei n. 9.868/99, no que disciplina a intervenção de terceiro. Observe-se, no entanto, que a participação encerra exceção..." (*DJ* de 20.06.2005, p. 7).

Na **ADPF 73/DF**, o Ministro Relator, Eros Grau, aceitou a figura do *amicus curiae* nos seguintes termos:

> "DECISÃO: (PET SR-STF n. 87.857/2005). Junte-se. 2. A Conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de *amicus curiae* (§ 2.º do artigo 6.º da Lei n. 9.882/99). 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no § 2.º do artigo 7.º da Lei n. 9.868/99, admitindo o ingresso da peticionária, na qualidade de *amicus curiae*, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3.º, do *RISTF*, na redação dada pela Emenda Regimental n. 15, de 30.03.2004. Determino à Secretaria que proceda às anotações. Publique-se. Brasília, 1.º de agosto de 2005" (*DJ* de 08.08.2005, p. 27).

Portanto, também com as ressalvas já expostas, concordamos que, excepcionalmente e desde que configuradas as hipóteses de cabimento,

admitida será a presença do *amicus curiae* na ADPF (nesse sentido, confira: **ADPF 205**, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 16.02.2011, *DJE* de 24.02.2011; **ADPF 132**, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, j. 29.04.2009, *DJE* de 07.05.2009 e, ainda, **ADPF 33** e **ADPF 183**).

■ 6.7.1.16.4. Cabe "amicus curiae" na ADO?

O art. 12-E, da Lei n. 9.868/99, incluído pela Lei n. 12.063/2009, determina sejam aplicadas, ao procedimento da **ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II dessa lei.

Assim, na medida em que a previsão do *amicus curiae* para a ADI consta da referida Seção (art. 7.º, § 2.º) e em sendo compatível com a ação em análise, entendemos **perfeitamente possível a admissão de *amicus curiae* na ADO**, buscando a pluralização do debate.

Ainda, o art. 12-E, § 1.º, da referida lei, estabelece que os demais titulares da ADO poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais, o que, em nosso entender, na medida em que, na hipótese, não propuseram a ação, serão considerados como *amicus curiae*.

■ 6.7.1.16.5. Cabe "amicus curiae" na IF (representação interventiva)?

O art. 7.º, parágrafo único da Lei n. 12.562/2011, permite sejam autorizadas, a critério do relator, a manifestação e a juntada de documentos por parte de **interessados no processo**, utilizando-se a mesma nomenclatura ("interessados no processo") do art. 6.º, § 2.º, da Lei n. 9.882/99, que fundamenta a possibilidade do *amicus curiae* na ADPF.

Assim, de acordo com os precedentes utilizados para a ADPF, parece razoável de se aceitar, excepcionalmente, e nos termos do art. 7.º, § 2.º (ADI), aqui aplicado por analogia, o ***amicus curiae* na representação interventiva** (art. 36, III).

■ 6.7.1.16.6. Outras hipóteses de cabimento

Em interessante trabalho,[152] Gustavo Santana Nogueira, além das situações já analisadas, identifica outras hipóteses de cabimento do *amicus curiae*, não desenvolvidas neste estudo em razão de nosso objetivo, mas que devem ser observadas especialmente para as provas de direito processual civil:

- art. 31 da Lei n. 6.385/76 — processos de interesse da CVM;

- art. 89 da Lei n. 8.884/94 — processos de interesse do CADE;
- art. 482, § 3.º, do CPC — controle difuso de constitucionalidade;
- art. 14, § 7.º, da Lei n. 10.259/2001 — no âmbito dos Juizados Especiais Federais.[153]

Podemos lembrar, ainda, duas importantes hipóteses de *amicus curiae* que são brevemente retomadas no estudo da "repercussão geral" (*item 11.8.1.3*) e da súmula vinculante (*item 11.14*):

- art. 3.º, § 2.º, da Lei n. 11.417/2006 — procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF;
- art. 543-A, § 6.º, do CPC, introduzido pela Lei n. 11.418/2006 — análise da repercussão geral pelo STF no julgamento do recurso extraordinário.

6.7.1.16.7. Parlamentar pode ser admitido no processo como "amicus curiae"?

A resposta a esta pergunta está em saber se o parlamentar, presente a situação de relevância da matéria, tem **representatividade adequada**.

Depois de muito pensar, concordamos com importante e arrojada decisão de **Edson Alfredo Smaniotto**, à época Desembargador do TJDFT e relator nos autos da ADI 2004.00.2.008459-7 (decisão em 30.09.2005).

Segundo relata, o parlamentar requer a habilitação no processo como *amicus curiae,* já que foi autor do projeto de lei objeto da ADI, o que, em certa medida, como representante de determinada categoria, por si, uma vez demonstrada a relevância da matéria, já seria suficiente para a sua admissão no processo enquanto "amigo da corte".

Em suas palavras, avançando "numa análise mais aproximada, tem-se que o postulante, parlamentar, foi designado por via eleitoral para desempenhar função política na democracia representativa sobre a qual se funda o regime democrático instituído no país (CF, art. 1.º), e nesta condição, desenvolve e materializa a cidadania e o direito de representatividade do povo, verdadeiro titular do poder. Sua postulação no processo se dará *erga omnes*".

Bastante interessante e "sedutora" a decisão. Resta aguardar como o STF encarará essa nova perspectiva, em nosso entender perfeitamente possível desde que se demonstre que o parlamentar atua como "representante ideológico" de uma coletividade, e não em busca de interesse individual egoístico, e a matéria seja relevante **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

Cabe apenas alertar, contudo, apesar de concordar com a ideia de o

parlamentar estar representando determinada categoria, que o STF **não vem admitindo** o ingresso de **pessoa física** como *amicus curiae*, destacando-se, nesse sentido, o voto do Min. Cezar Peluso na **ADI 4.178/GO**:

> "... 4. Não assiste razão ao pleito de (...), que requerem admissão na condição de *amici curiae*. É que os requerentes são **pessoas físicas**, terceiros concretamente interessados no feito, **carecendo do requisito de representatividade** inerente à intervenção prevista pelo art. 7.º, § 2.º, da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, o qual, aliás, é explícito ao admitir somente a manifestação de outros 'órgãos ou entidades' como medida excepcional".

Finalmente, destacamos que o *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*, se aprovado, vai admitir a pessoa física como *amicus curiae*, nos seguintes termos:

> "Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de **pessoa natural**, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.
> Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos".

■ 6.7.1.16.8. Natureza jurídica do "amicus curiae"

Do ponto de vista burocrático, o STF, ao fazer a anotação no processo e indicar o andamento na Internet, fala em **"parte interessada"**, quando admitido o *amicus curiae*.

O Ministro Maurício Corrêa, no julgamento da ADI 2.581 AgR/SP, chegou a afirmar que o *amicus curiae* atua como "colaborador informal da Corte", não configurando, "... tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum* (AGRADI 748-RS, Celso de Mello, *DJ* de 18.11.1994). Assim, como **mero colaborador informal**, o *amicus curiae* não está legitimado para recorrer das decisões proferidas em ação direta" (*DJ* de 18.04.2002).

O Ministro Celso de Mello, conforme destacamos no julgamento da ADI 2.130, referiu-se a uma **"intervenção processual"**.

O art. 131, § 3.º, do Regimento Interno do STF, nos termos da Emenda Regimental n. 15, de 30.03.2004, passou a admitir uma declarada hipótese de **intervenção de terceiros**.

É claro que a sua natureza jurídica é **distinta** das modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC, até em razão da natureza do processo objetivo e abstrato do controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, por todo o exposto, parece razoável falarmos em uma **modalidade**

***sui generis* de intervenção de terceiros**, inerente ao processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade, com características próprias e muito bem definidas.

■ 6.7.1.16.9. "Amicus curiae" pode interpor recurso?

O *amicus curiae*, por se tratar de **terceiro estranho à relação processual**, **não** pode interpor recurso para discutir a matéria objeto de análise no processo objetivo perante o STF, com a única **exceção**, abaixo exposta:

> "Ação direta de inconstitucionalidade. Embargos de declaração opostos por *amicus curiae*. Ausência de legitimidade. Interpretação do § 2.º, do art. 7.º, da Lei n. 9.868/99. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. **Exceção apenas para impugnar decisão de não admissibilidade de sua intervenção nos autos**. Precedentes" (**ADI 3.615-ED**, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2008, *DJE* de 25.04.2008 — no mesmo sentido, cf. ADI 2.591-ED).

Conforme alertamos, alguns Ministros estão aceitando a interposição de recurso para impugnar a decisão de não admissibilidade de intervenção do *amicus* (cf. Sepúlveda Pertence na ADI 2.591 — fls. 18, que sustenta o cabimento de agravo; ou, na ADI 3.346, o Ministro Marco Aurélio sustenta o cabimento de embargos de declaração, mas, mantida a decisão de indeferimento, não admite o agravo — ADI 3.346, j. 28.04.2009. O tema, contudo, ainda está um pouco confuso e precisa ser mais bem uniformizado perante os Ministros) (**matéria pendente de julgamento pelo STF**).

■ 6.7.1.17. Efeitos da decisão (ADI genérica)

A ação em comento tem caráter **dúplice** ou **ambivalente**, pois, conforme estabelece o art. 24 da Lei n. 9.868/99, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória e, no mesmo passo, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

De modo geral, a decisão no controle concentrado produzirá efeitos contra todos, ou seja, ***erga omnes***, e também terá efeito retroativo, ***ex tunc***, retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição. Trata-se, portanto, de **ato nulo**.

No entanto, acompanhando o direito alemão e o português, entre outros, a Lei n. 9.868/99, em seu art. 27, introduziu a técnica da **declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade**. Nesse sentido, ao

declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o STF, por maioria qualificada de **2/3** de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Ou seja, diante de tais requisitos, o STF poderá dar **efeito *ex nunc***.[154]

Além da eficácia contra todos (*erga omnes*), já comentada, o parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99 estabelece que a decisão também terá **efeito vinculante**.

Em um primeiro momento, antes da posição firmada na jurisprudência do STF e das novidades trazidas pela **EC n. 45/2004**, tínhamos o entendimento de que esse dispositivo deveria ser interpretado acompanhando o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence, que dizia ser tal vinculação possível somente nos casos em que, em tese, seria cabível a ADC, devendo o STF assim se pronunciar, sob pena de se dizer mais do que a Constituição estabeleceu.[155]

Em relação ao tema, contudo, concluindo o julgamento de questão de ordem em agravo regimental interposto contra decisão do Ministro Maurício Corrêa, relator — que não conhecera de reclamação ajuizada pelo Município de Turmalina-SP em que se pretendia ver respeitada a decisão proferida pelo STF na ADI 1.662-SP por falta de legitimidade ativa *ad causam* do reclamante —, o STF, por maioria (**8 X 3**, vencidos os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Marco Aurélio), **declarou a constitucionalidade do parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99**, considerando que a **ação declaratória de constitucionalidade** (**ADC**) consubstancia uma **ação direta de inconstitucionalidade** (**ADI**) com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice, sendo os seus efeitos, portanto, semelhantes.[156] Essa interpretação, como veremos a seguir, foi expressamente consagrada com a **Reforma do Judiciário**, EC n. 45/2004, ao dar nova redação ao art. 102, § 2.º, da CF/88.

Logo, para as provas de concurso, adotar o entendimento de que a **declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado**, em **abstrato**, em **tese**, marcada pela **generalidade, impessoalidade** e **abstração**, faz instaurar um **processo objetivo**, sem partes, no qual inexiste litígio referente a situações concretas ou individuais (*RTJ* 147/31, Rel. Min. Celso de Mello), tornando os atos inconstitucionais **nulos** e, por consequência, **destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica**, com alcance, de modo vinculado e para todos, sobre os **atos pretéritos**, fazendo com que, para se ter uma ideia da amplitude desses efeitos, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade

do referido ato normativo que tenha “revogado” outro ato normativo (nossa análise neste ponto refere-se à ADI perante o STF, de lei ou ato normativo federal ou estadual, ou distrital, desde que no exercício da competência estadual) provoque o **restabelecimento do ato normativo anterior**. Os efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, por meio de ADI, podem ser assim resumidos:

- ***erga omnes*;**
- ***ex tunc*;**
- **vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital.**

Excepcionalmente, porém, como exceção à regra geral do princípio da nulidade, tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**, poderá o STF, por maioria qualificada de **2/3 de seus Ministros**,[157] restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Excepcionalmente, então, os Ministros do STF poderão restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que, na hipótese específica e desde que preencha os requisitos formal (*quorum* **qualificado de 2/3**) e material (**razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**), serão:

- ***erga omnes***;
- ***ex nunc***; ou **outro momento a ser fixado pelos Ministros do STF, podendo a modulação ser em algum momento do passado, no momento do julgamento, ou para o futuro (efeito prospectivo)**;
- **vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital**.

Alertamos que não há necessidade de suspensão da execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, por decisão definitiva do STF, por meio de resolução do Senado Federal no controle concentrado. Isso porque o **art. 52, X, só se aplica ao controle difuso!**[158]

Apenas para sedimentar, destacamos a regra trazida no art. 102, § 2.º, constitucionalizando, de uma vez por todas, o caráter dúplice ou ambivalente da ADI e da ADC, nos seguintes termos: “§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas

esferas federal, estadual e municipal".

Conforme vimos no *item 6.7.1.8*, o efeito vinculante atinge somente o **Judiciário** e o **Executivo**, não podendo ser estendido para o Legislativo, que poderá, inclusive, editar nova lei em sentido contrário à decisão dada pelo STF em controle de constitucionalidade concentrado ou edição de súmula vinculante. Entendimento diverso significaria o "**inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição**" (cf. **Rcl 2617**, *Inf. 386/STF*).

6.7.1.17.1. Princípio da parcelaridade

O **princípio da parcelaridade** aplica-se ao controle concentrado. Isso significa que o STF pode julgar parcialmente procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade, expurgando do texto legal apenas uma palavra, uma expressão, diferente do que ocorre com o veto presidencial, como veremos ao estudar o processo legislativo (art. 66, § 2.º).

Isso porque, e já adiantando a matéria, o Presidente da República, ao vetar determinado projeto de lei (controle de constitucionalidade prévio ou preventivo, realizado pelo Executivo), somente poderá fazê-lo **integralmente** (veto de todo o projeto de lei), ou **parcialmente**. Mas, nesta última hipótese, o veto só poderá ser de **texto integral** de artigo, parágrafo, inciso ou alínea (art. 66, § 2.º, da CR).

Por outro lado, o Judiciário, ao realizar o controle posterior ou repressivo de constitucionalidade, poderá expungir do texto normativo uma expressão, uma só palavra, uma frase, não havendo a necessidade de declarar inconstitucional um texto integral de artigo, parágrafo, inciso, ou alínea, conforme acontece com o controle realizado pelo Chefe do Executivo.

Trata-se de interpretação conforme com redução de texto, verificada, por exemplo, na ADI 1.227-8, suspendendo a eficácia da expressão "desacato", do art. 7.º, § 2.º, do Estatuto dos Advogados.

6.7.1.17.2. Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto

Muitas vezes, o STF pode declarar que a mácula da inconstitucionalidade reside em uma determinada aplicação da lei, ou em um dado sentido interpretativo. Neste último caso, o STF indica qual seria a **interpretação conforme**, pela qual não se configura a inconstitucionalidade.

Importante notar que em hipótese alguma poderá o STF funcionar como *legislador positivo*. A interpretação conforme só será admitida quando existir um **espaço para a decisão** do Judiciário, deixado pelo Legislativo. A interpretação não cabe quando o sentido da norma é **unívoco**, mas somente quando o legislador deixou um campo com diversas interpretações, cabendo ao Judiciário dizer qual delas se coaduna com o sentido da Constituição. O

Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, deve sempre atuar como **legislador negativo**, sendo-lhe vedado, portanto, instituir norma jurídica diversa da produzida pelo Legislativo.

6.7.1.17.3. Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. Necessidade de impugnação de todo o "complexo normativo"

O controle concentrado por meio da ADI é marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração e faz instaurar um **processo objetivo**, sem partes, no qual inexiste litígio referente a situações concretas ou individuais (*RTJ* 147/31, Rel. Min. Celso de Mello).

Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade reconhece a **nulidade** dos atos inconstitucionais e, por consequência, a inexistência de qualquer carga de eficácia jurídica. Assim, dentre tantos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que tenha "revogado" outro ato normativo (*nossa análise nesse ponto refere-se à ADI perante o STF, de lei ou ato normativo federal ou estadual, ou distrital, desde que no exercício da competência estadual*) provoca o restabelecimento do ato normativo anterior, quando a decisão tiver efeito retroativo.

O STF vem utilizando a expressão **"efeito repristinatório"** (cf. ADI 2.215-PE, medida cautelar, Rel. Min. Celso de Mello, *Inf. 224/STF*) da declaração de inconstitucionalidade. Isso porque, se a lei é nula, ela nunca teve eficácia. Se nunca teve eficácia, nunca revogou nenhuma norma. Se nunca revogou nenhuma norma, aquela que teria sido supostamente "revogada" continua tendo eficácia. Eis o efeito repristinatório da decisão.

Não se pode confundir (embora o STF utilize sem muito critério as expressões) **"efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade"** com **"repristinação da norma"**. No primeiro caso temos o restabelecimento da lei anterior porque, se a lei objeto do controle é inconstitucional e, assim, nula, ela nunca teve eficácia, portanto, nunca revogou nenhum outro ato normativo. No segundo, qual seja, na repristinação, nos termos do art. 2.º, § 3.º, da **LINDB** (*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, Decreto-lei n. 4.657/42),[159] salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, ou seja, precisa de pedido expresso desta terceira lei (que revoga a lei revogadora da lei inicial).

Avançando essa regra geral do efeito repristinatório, contudo, podemos estar diante de situação de revogação da norma anterior mesmo que o STF reconheça a inconstitucionalidade de determinada norma posterior.

Para recordar, os efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, por meio de ADI, são: *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, podendo ser dado efeito *ex nunc*, ou a partir de outro momento

que venha a ser fixado (exceção à regra geral do princípio da nulidade), desde que a votação tenha sido por 2/3 dos Ministros, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Ocorrendo a **modulação dos efeitos da decisão**, nesse caso, parece-nos que a lei (objeto do controle) vai sim ter a eficácia de revogar a lei anterior. Isso porque, se a decisão reconhece efeitos da referida norma, temos de aceitar a sua existência, validade e, durante o período que o STF determinar, a sua **eficácia**, gerando, dentre tantos efeitos, a natural revogação de lei em sentido contrário ou se expressamente assim estabelecer.

Por fim, destacamos um aspecto formal importante. Se o legitimado ativo da ADI objetivar que a Suprema Corte analise a inconstitucionalidade da lei que vai voltar a produzir efeitos (em razão do efeito repristinatório da decisão), terá de, expressamente, fazer o pedido de apreciação da referida lei, sob pena de o STF não poder, de ofício, apreciá-la e, para piorar, **não conhecer** da ação direta ajuizada. Nesse sentido:

> "EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: **efeito repristinatório**: norma anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma objeto da causa, ter-se-ia a **repristinação** de preceito anterior com o mesmo vício de inconstitucionalidade. Neste caso, **e não impugnada a norma anterior, não é de se conhecer da ação direta de inconstitucionalidade**" (ADI 2.574, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 02.10.2002, *DJ* de 29.08.2003).

> "EMENTA: Fiscalização normativa abstrata — Declaração de inconstitucionalidade em tese e **efeito repristinatório**. A declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente (*RTJ* 120/64 — *RTJ* 194/504-505 — ADI 2.867/ES, *v.g.*), importa em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato. É que a lei declarada inconstitucional, por incidir em absoluta desvalia jurídica (*RTJ* 146/461-462), não pode gerar quaisquer efeitos no plano do direito, nem mesmo o de provocar a própria revogação dos diplomas normativos a ela anteriores. **Lei inconstitucional, porque inválida (*RTJ* 102/671), sequer possui eficácia derrogatória**. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara, em sede de fiscalização abstrata, a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo tem o condão de provocar a repristinação dos atos estatais anteriores que foram revogados pela lei proclamada inconstitucional. Doutrina. Precedentes (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo*/STF n. 224, *v.g.*). Considerações em torno da questão da eficácia repristinatória indesejada e da **necessidade de impugnar os atos normativos, que, embora revogados, exteriorizem os mesmos vícios de inconstitucionalidade que inquinam a legislação**

revogadora. Ação direta que impugna, não apenas a Lei estadual n. 1.123/2000, mas, também, os diplomas legislativos que, versando matéria idêntica (serviços lotéricos), foram por ela revogados. Necessidade, em tal hipótese, de impugnação de **todo o complexo normativo**. Correta formulação, na espécie, de **pedidos sucessivos de declaração de inconstitucionalidade tanto do diploma ab-rogatório quanto das normas por ele revogadas**, porque também eivadas do vício da ilegitimidade constitucional. Reconhecimento da inconstitucionalidade desses diplomas legislativos, não obstante já revogados" (ADI 3.148, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.12.2006, *DJ* de 28.09.2007).

Por todo o exposto, fica claro que, em eventual controle normativo abstrato a ser instaurado, deverá haver a impugnação de todo o **"complexo normativo"**, de toda a **"cadeia normativa"**, tanto as normas revogadoras como as normas revogadas.

E qual o limite temporal de impugnação da cadeia normativa?

De acordo com o voto do Min. Gilmar Mendes, na **ADI 3.660**, a necessidade de indicação dos atos que compõem a "cadeia normativa" se limita até o **advento da nova Constituição**. Nesse sentido, pedimos vênia para transcrever a importante passagem de seu voto:

"... é preciso levar em conta que o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais (ADI n. 2, Rel. Paulo Brossard, *DJ* 2.2.92). Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deve ser simplesmente resolvida segundo princípios de direito intertemporal (*Lex posterior derogat priori*). Assim, conjugando ambos os entendimentos professados pela jurisprudência do Tribunal, a conclusão não pode ser outra senão a de que a **impugnação** deve **abranger apenas** a **cadeia de normas revogadoras e revogadas até o advento da Constituição de 1988**" (voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 3.660, j. 13.03.2008, Plenário, *DJE* de 09.05.2008).

■ 6.7.1.17.4. Efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade[160]

■ 6.7.1.17.4.1. Coisa julgada inconstitucional. S. 343/STF. Rescisória (art. 485, V). Arts. 475-L, § 1.º, e 741, parágrafo único, do CPC/73

COLISÃO

■ Segurança jurídica ■ Autoridade do Poder Judiciário	X	■ Força normativa da Constituição ■ Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais ■ Isonomia: a aplicação assimétrica viola um referencial normativo que dá sustentação a

		todo o sistema

De modo geral, conforme visto, a declaração de inconstitucionalidade no **controle concentrado** tem efeitos retroativos (*ex tunc*), declarando-se a **nulidade** da lei.

Nesse sentido, pode ser afirmado, por regra, que a lei inconstitucional nunca produziu efeitos, até porque a sentença declaratória restitui os fatos ao *statu quo ante*. Esse reconhecimento gera diversas consequências.

Uma **primeira** seria o **"efeito repristinatório"**, já estudado.

Outra consequência seria a conveniência, aprimorada pelo STF, de se aplicar a técnica da **modulação dos efeitos da decisão** diante de situações particulares.

Nesse contexto, destacamos a necessidade de se respeitar a **coisa julgada**, exceto na hipótese de **matéria penal** (art. 5.º, XL, da CF/88), que, a qualquer tempo, permite a revisão criminal (veja que neste caso já houve pelo constituinte originário uma **"ponderação de interesses"**).

Assim, expressamente, o texto não faz outra ressalva, tendo erigido a coisa julgada como valor fundamental.

Processualmente, a sua desconstituição deve seguir a regra processual, qual seja, o prazo decadencial de 2 anos e, assim, findo tal prazo, fala-se em coisa soberanamente julgada, não podendo mais a matéria ser revista.

Deve ser lembrando, contudo, técnicas de "relativização" ou, mais tecnicamente, "desconstituição" da coisa julgada, desenvolvidas pela doutrina, seja quando a decisão transitada em julgado se funda em lei que vem a ser, em momento posterior, declarada inconstitucional, seja pela técnica de ponderação com outros valores da constituição.

No primeiro caso, estamos diante da denominada **"sentença inconstitucional"**,[161] qual seja, aquela que considera lei válida e que, por decisão futura do STF, em controle concentrado, vem a ser declarada inconstitucional, ou o contrário.

Nessas hipóteses, parece razoável que se aceite o ajuizamento de **ação rescisória**, nos termos do art. 485, V,[162] do CPC, lembrando, do ponto de vista formal, o entendimento do STF que exige a juntada de (novo) instrumento de mandato específico, mesmo que conste este poder no mandato originário, já que estaremos diante de ação autônoma e com caráter excepcional (nesse sentido, cf.: AR 2.236-ED, AR 2.239-ED, Rel. Min. Dias

Toffoli, j. 23.06.2010, Plenário, *DJE* de 03.09.2010; e AR 2.156, AR 2.183 e AR 2.202, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18.08.2010).

Para este estudo, sustentamos que o cabimento da rescisória dar-se-á tanto no caso de declaração de **constitucionalidade** como no de **inconstitucionalidade** em controle concentrado, com efeito *erga omnes* e *ex tunc*, em razão do efeito dúplice ou ambivalente das ações. A inconstitucionalidade da sentença está na desconformidade de interpretação dada à lei.[163]

Contudo, **deverá ser respeitado o prazo decadencial de 2 anos para o seu ajuizamento** e, ainda, a controvérsia sobre a matéria deverá ser necessariamente **constitucional** e não meramente infraconstitucional, para, desta feita, afastar-se a incidência da S. 343/STF.[164]

Transcorrido *in albis* o prazo decadencial de 2 anos sem o ajuizamento da ação rescisória, não se poderá mais falar em desconstituição da coisa julgada individual pela técnica da ação rescisória, mesmo que em controle concentrado venha a ser declarada a inconstitucionalidade de lei com efeitos *ex tunc*.

Segundo Gilmar Mendes, trata-se de "... proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no ***plano normativo*** (*Normebene*) e no ***plano do ato singular*** (*Einzelaktebene*) mediante a utilização das *fórmulas de preclusão*". E completa, com bastante propriedade: "... somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação".[165]

Esse tema já foi discutido pelo STF no **AI 460.439 AgR/DF** (*Inf. 397* e *436/STF*, *DJ* de 09.03.2007, Ata n. 6/2007) e na **Rcl 2.600** (*Inf. 440/STF*, *DJ* de 03.08.2007), sendo acatada a tese de **afastamento da S. 343/STF** sem, contudo, ser resolvida a questão da contagem do prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória.

A discussão sobre essa problemática foi iniciada no julgamento da Rcl 2.600, em *obter dictum*, porém o STF, naquele momento, não chegou a enfrentar o prazo para o ajuizamento da rescisória.

Para este estudo, contudo, entendemos, do ponto de vista doutrinário, que o prazo decadencial tem de ser contado do trânsito em julgado da decisão individual e será o adotado pela jurisprudência do STF, conforme se observa abaixo, em julgamento posterior ao da Rcl 2.600.

A única maneira de se desconstituir a coisa julgada **após o prazo decadencial** da ação rescisória será por outra técnica, qual seja, a da

desconsideração à luz do princípio da proporcionalidade e limitada às sentenças que **ferirem outros valores constitucionais de igual hierarquia** ao da **segurança jurídica e estabilidade das decisões** e ficar reconhecido, nessa **ponderação de interesses**, que devam ser afastados. O cabimento de rescisória deve respeitar, necessariamente, o prazo decadencial de 2 anos, enfatize-se.

Esse nosso entendimento fica fortalecido com a decisão proferida no **RE 328.812-ED** (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.03.2008, *DJE* de 02.05.2008 e *Inf. 497/STF*). Segundo o voto do Min. Gilmar Mendes, relator, a **controvérsia de interpretação de lei** é muito diferente da **controvérsia de interpretação constitucional**, tendo em vista que nas decisões proferidas pelo STF se verifica uma particular forma de **concretização constitucional**.

Assim, diante da colisão verificada (*vide* quadro), deve-se optar, nessa ponderação de valores, pela preservação da **força normativa da Constituição**, do **princípio da máxima efetividade das normas** e da ideia de **isonomia**, já que a aplicação assimétrica de decisões da corte significaria uma insuportável instabilidade (mais grave que a instabilidade gerada pela ação rescisória) e, consequentemente, um fortalecimento das decisões dos tribunais inferiores em relação ao STF, que é o intérprete máximo da Constituição e que, por último, fixa a sua força normativa.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes deixa muito claro que o **prazo decadencial de 2 anos deverá ser respeitado**, fortalecendo, assim, a nossa posição teórica, já defendida anteriormente.[166]

Então, podemos analisar a regra contida nos arts. 741, parágrafo único (redação dada pela Lei n. 11.232/2005, assim como a redação que lhe conferia a MP n. 2.180-35), e 475-L, § 1.º, ambos do CPC.

Por um lado, poder-se-ia afirmar que a novidade é **inconstitucional**, por violação ao princípio da **segurança jurídica** e da **autoridade do Poder Judiciário**. Mas essa argumentação parece enfraquecer-se diante da solução conferida pelo STF em relação à colisão apontada.

Por outro lado, podemos afirmar ser a **ação rescisória** a única técnica processual estabelecida no sistema brasileiro para, de maneira legítima, desconstituir a coisa julgada, havendo, inclusive, previsão em vários dispositivos da CF/88 (cf. arts. 102, I, “j”; 105, I, “e”; 108, I, “b”, e art. 27, § 10, ADCT).

Referidos dispositivos legais (os arts. 475-L, § 1.º, e 741, parágrafo único, do CPC/73) não tratam de “relativização” imoderada ou da hipótese de “desconstituição pelo princípio da proporcionalidade”, mas de uma nova

técnica (embargos rescisórios) a afrontar a **regra constitucional da ação rescisória**. Nesse sentido, inconstitucional.[167]

Esse parece ser o entendimento a ser adotado pela maioria dos Ministros do STF, qual seja:

- **ação rescisória:** único instrumento processual para eventual desconstituição de coisa julgada, **não** se admitindo, assim, *embargos rescisórios* introduzidos nos arts. 475-L, § 1.º, e 741, parágrafo único, do CPC, nem mesmo o *recurso extraordinário* para o afastamento da garantia da coisa julgada;
- **prazo decadencial de 2 anos:** para o ajuizamento da ação rescisória, único instrumento para a desconstituição da coisa julgada, deverá ser observado, necessariamente, o prazo decadencial de 2 anos.

Como se verificou, essa discussão está para ser resolvida pelo Pleno do STF no julgamento das **ADIs 3740** e **2418 (matéria pendente de julgamento)**, mas já há várias decisões sinalizando no sentido da inconstitucionalidade material dos referidos dispositivos processuais (arts. 475-L, § 1.º, e 741, parágrafo único, do CPC), destacando-se:

> "EMENTA: (...) A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. RECONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO. A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de **específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória)** que haja sido **proposta** na fluência do **prazo decadencial** previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da **coisa soberanamente julgada**, insuscetível de ulterior modificação, **ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade**. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia 'ex tunc', como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (*RTJ* 87/758 — *RTJ* 164/506-509 — *RTJ* 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, 'in abstracto', da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes" (**RE 594.350/RS**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.05.2010, *DJe* de 10.06.2010 — cf. íntegra do fundamentado voto no *Inf. 591/STF* — **matéria pendente de julgamento** pelo **Pleno** do **STF**).[168]

6.7.1.17.4.2. Aspectos conclusivos: efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato singular (Einzelaktebene) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão (interessante tendência apontada pelo Min. Gilmar Mendes)

O efeito vinculante, seja decorrente do controle concentrado (ADI ou ADC), seja, ainda, acrescente-se, em razão da edição de súmula vinculante, seja em razão de aprovação de Resolução por parte do Senado Federal (neste caso, não se aceitando a teoria da transcendência no controle difuso, que ainda pende de apreciação pelo STF — cf. *item 6.6.5*), produzirá impacto sobre as situações individuais (neste último caso da Resolução do SF, com efeitos, por regra, não retroativos e, então, somente em relação aos processos que não tenham transitado em julgado).

Estando em curso ação individual e sobrevindo decisão em controle concentrado ou edição de súmula vinculante, ou Resolução do SF, o juiz do processo individual, ainda não findo, ficará vinculado, devendo decidir a questão prejudicial de inconstitucionalidade nos exatos termos do estabelecido no processo coletivo. Isso decorre do **efeito vinculante** da decisão.

Sobrevindo decisão do processo individual em desrespeito a entendimento prévio já fixado em controle concentrado de constitucionalidade, com efeito *ex tunc*, vinculante e *erga omnes*, ou em desrespeito a súmula vinculante ou a anterior Resolução do Senado Federal, parece razoável sustentarmos a desconstituição da coisa julgada individual (posterior) por ação rescisória e desde que dentro do prazo decadencial de 2 anos, com fundamento no art. 485, IV, CPC, por ofensa a coisa julgada anterior (do processo coletivo).

Por outro lado, modificando o STF o entendimento da tese jurídica em controle concentrado ou vindo a editar súmula vinculante, eventual sentença individual transitada em julgado (lembrando que se estiver pendente de recurso o tribunal estaria também vinculado ao novo posicionamento) caracterizar-se-á como **sentença individual inconstitucional**. Nesse caso, só se poderia pensar em desconstituição da coisa julgada individual anterior por meio de **rescisória**, tendo por fundamento o art. 485, V, do CPC e se afastando a regra fixada na S. 343/STF somente se a controvérsia for de **natureza constitucional**, à luz do princípio da força normativa da Constituição e do STF na condição de seu intérprete final.

Contudo, para esta hipótese, a rescisória deve, necessariamente, respeitar o prazo decadencial de 2 anos, que deverá ser contado do trânsito em julgado da sentença individual, e não a partir da nova posição do STF, sob pena de se caracterizar uma indesejável perpetuação da **"Espada de Dâmocles"** e violação aos princípios constitucionais da **segurança jurídica** e **autoridade das decisões do Poder Judiciário**.

Em outro sentido, havendo *ato singular individual* anterior, além do prazo decadencial de 2 anos, com a ressalva da matéria penal (**revisão criminal**), a coisa julgada individual deverá ser respeitada e o sistema terá de conviver com as sentenças contraditórias.

Nesse sentido, destacamos interessante voto do Min. Gilmar Mendes:

> "EMENTA: Além disso, acentue-se, desde logo, que, no direito brasileiro, jamais se aceitou a ideia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados. Embora a ordem jurídica brasileira não disponha de preceitos semelhantes aos constantes do § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que prescreve a **intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, não se deve supor que a declaração de nulidade afete, entre nós, todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional**. É verdade que o nosso ordenamento não contém regra expressa sobre o assunto, aceitando-se, genericamente, a ideia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade (cf., a propósito, RMS 17.976, Rel. Amaral Santos, *RTJ* 55, p. 744). Concede-se, porém, proteção ao ato singular, em homenagem ao **princípio da segurança jurídica**, procedendo-se à diferenciação entre o **efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão** (cf. Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden*, 1980, p. 266 e s. Ver, também, Mendes, Gilmar, *Jurisdição constitucional*, 5.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 334)" (RE 217.141-AgR, voto do Min. Gilmar Mendes, j. 13.06.2006, *DJ* de 04.08.2006).

Fora dessa hipótese, a desconstituição da coisa julgada só poderá ter por fundamento a **colisão com outros valores constitucionais**, situação essa verificada à luz do princípio da **razoabilidade** e **proporcionalidade** e se o magistrado entender que o princípio da segurança jurídica deva ser afastado, e em situações excepcionalíssimas.

CUIDADO: em decisão extremamente relevante, o STF aplicou a técnica da ponderação, mesmo depois de findo o prazo da ação rescisória.

Tratava-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo TJDFT que acolheu preliminar de coisa julgada e determinou a **extinção** de **nova** ação de investigação de paternidade proposta em razão da agora viabilidade de realização do exame de DNA, tendo em vista que a questão já estava decidida há mais de 10 anos!

À época, o recorrente, representado por sua genitora, ingressou com ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, que foi julgada improcedente, **por insuficiência de provas**. Sustentaram que o

recorrente, no primeiro julgamento, não tinha condições financeiras de custear o exame de DNA. Com a promulgação da Lei Distrital n. 1.097/96, o Poder Público passou a custear o referido exame.

No caso concreto, em **situação excepcionalíssima**, o STF afastou a alegação de segurança jurídica para fazer valer o *direito fundamental de que toda pessoa tem de conhecer as suas origens* (**princípio da busca da identidade genética**), especialmente se, à época da decisão que se procura rescindir, não se pôde fazer o exame de DNA.

A decisão foi tomada, em **02.06.2011**, por **7 X 2**, no julgamento do **RE 363.889**, concedendo à recorrente o direito de voltar a pleitear, perante o suposto pai, a realização do **exame de DNA**, tendo em vista que, na primeira decisão, embora beneficiária da assistência judiciária, a recorrente não podia arcar com as suas custas para a sua realização. Nesse sentido:

> "EMENTA: (...). 1. É dotada de **repercussão geral** a matéria atinente à possibilidade da propositura de **ação de investigação de paternidade**, quando anterior demanda **idêntica**, entre as **mesmas partes**, foi julgada improcedente, por **falta de provas**, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o **exame de DNA** e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. **Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo**. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da **identidade genética**, como natural **emanação do direito de personalidade** de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o **direito à igualdade entre os filhos**, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da **paternidade responsável**" (**RE 363.889**, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 02.06.2011, *DJE* de 16.12.2011).

6.7.1.17.5. Pedido de cautelar (ADI genérica)

O art. 102, I, "p", da CF/88 estabelece que cabe ao STF processar e julgar, originariamente, o pedido de cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade.

De acordo com o *caput* do art. 10 da Lei n. 9.868/99, salvo no período de recesso,[169] a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da **maioria absoluta** (**6 Ministros**) dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22 (***quorum* de instalação da sessão de julgamento** com pelo menos **8 Ministros** dos 11), após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se

no prazo de 5 dias, dispensada essa audiência em caso de **excepcional urgência**, hipótese em que o Tribunal poderá deferir a medida cautelar (art. 10, § 3.º).

Julgando indispensável, o relator ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 dias, sendo facultada a sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal (art. 10, §§ 1.º e 2.º).

Desde que presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, poderá ser concedida a liminar, suspendendo a eficácia do ato normativo.

E quais seriam os efeitos da concessão da medida cautelar? De acordo com os §§ 1.º e 2.º do art. 11 da Lei n. 9.868/99, em total consonância com o posicionamento do STF, a concessão da medida cautelar terá eficácia contra todos (***erga omnes***) e efeito ***ex nunc***, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (***ex tunc***). No julgamento de questão de ordem em agravo regimental interposto na **Rcl 1.880**, o STF, por maioria, reservou-se para examinar, quando necessário para o julgamento da causa, a questão sobre a extensão do **efeito vinculante** às medidas liminares em ação direta de inconstitucionalidade (cf. ***Inf. 289/STF***, de 04 a 08.11.2002). A **concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário**.

Ainda, de acordo com o art. 12 da Lei, havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da **relevância da matéria** e de seu **especial significado para a ordem social e a segurança jurídica**, poderá, após a prestação das informações, no prazo de 10 dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 5 dias, **submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação**.

E quais seriam os efeitos do indeferimento da medida cautelar? O STF, revendo posição anterior, definiu que o indeferimento da cautelar **não** significa a confirmação da constitucionalidade da lei com efeito vinculante.

Portanto, na medida em que não se poderá sustentar o efeito vinculante da decisão de indeferimento, conforme anotou o STF, "não se admite reclamação contra decisão que, em ação direta de inconstitucionalidade, indefere, sob qualquer que seja o fundamento, pedido de liminar" (Rcl 3.458-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.10.2007, *DJE* de 23.11.2007). Nesse sentido, se algum juiz em sede de controle difuso afastar a aplicação da lei, declarando-a inconstitucional de modo incidental, contra essa decisão não caberá reclamação.

6.7.1.18. Reclamação para a garantia da autoridade da decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI genérica)

6.7.1.18.1. Regras gerais

A fim de garantir a **autoridade da decisão proferida pelo STF**, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a Excelsa Corte admite o ajuizamento de **reclamação**, nos termos do art. 102, I, "l" (competência originária do STF), desde que o ato judicial que se alega tenha desrespeitado a decisão do STF **não** tenha transitado em julgado (**S. 734/STF, 26.11.2003**). A grande questão é saber quais os legitimados para a sua propositura.

Até o julgamento de questão de ordem na **Reclamação n. 1.880**, em **07.11.2002**, a jurisprudência do STF, mesmo após o advento da Lei n. 9.868/99, em um primeiro momento, **não considerava parte interessada para a propositura da referida ação terceiros que tivessem, subjetivamente, interesse jurídico ou econômico na observância da decisão**, já que o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, como justificavam, fazia instaurar um **processo objetivo**, **sem partes**, no qual **inexistia litígio referente a situações concretas ou individuais** (cf. RCLQO 518/BA, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 24.10.1997, p. 54149, *Ement.* v. 01888-01, p. 18; Rcl 397-RJ, Celso de Mello, *RTJ* 147/31; Rcl 399/PE, Sepúlveda Pertence, *RTJ* 157/433; Rcl 556/TO, Maurício Corrêa, *DJU* de 03.10.1997; Rcl 1.149/RS, Celso de Mello, *DJU* de 29.10.1999, p. 37; Rcl 1.280/SP, Maurício Corrêa, *DJU* de 03.03.2000; Rcl 1688/BA, Rel. Min. Maurício Corrêa; *DJ* de 22.09.2000, p. 99). Assim, nessa primeira fase, só seria conhecida a reclamação se proposta por um dos colegitimados do art. 103 da CF/88 (art. 2.º da Lei n. 9.868/99) e com idêntico objeto, mesmo que o referido autor não tivesse sido parte na ação direta de inconstitucionalidade cuja decisão fundava o pedido reclamatório (legitimação concorrente — cf. Rcl 354, Rel. Min. Celso de Mello).

Declarando **novo posicionamento (07.11.2002)**, coincidente com o deste autor exposto nas edições anteriores deste trabalho, o STF, por maioria de votos, após o julgamento de questão de ordem em agravo regimental, declarou **constitucional o parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99**, passando a considerar parte legítima para a propositura de reclamação *todos aqueles que forem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade*.[170]

No caso concreto, destacamos o item 4 da ementa do referido acórdão: "Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa *ad causam* de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8.038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado".

Esse tema ganha relevância com a nova redação conferida ao art. 102, § 2.º, da CF/88 pela EC n. 45/2004 (*Reforma do Poder Judiciário*), no seguinte sentido: "as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e **efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Para se ter um exemplo da amplitude da perspectiva do instituto da reclamação, havendo efeito vinculante até mesmo perante a Administração Pública, temos sustentado a possibilidade de ajuizamento de reclamação em face de ato de Prefeito que contraria decisão proferida pelo STF com caráter vinculante.

Nessa linha de ampliação do instituto da **reclamação**, destacamos o art. 103-A, § 3.º, introduzido pela EC n. 45/2004: "do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".[171]

Finalmente, do ponto de vista do procedimento, conforme anotou o STF, "... para o conhecimento da reclamação não se exige a juntada de cópia do acórdão do Supremo Tribunal Federal que teria sido desrespeitado. Dispensabilidade da peça em virtude do acórdão ter sido proferido pela própria Suprema Corte" (Rcl 6.167-AgR, Rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito, j. 18.09.2008, *DJE* de 14.11.2008).

■ 6.7.1.18.2. Natureza jurídica do instituto da reclamação

A natureza jurídica da reclamação foi bem desenvolvida pelo Ministro Marco Aurélio, e pedimos vênia para transcrevê-la abaixo de maneira esquematizada e acrescentando outras perspectivas:[172]

- ■ **ação** — Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, t. V, p. 384;

- **recurso ou sucedâneo recursal** — Moacyr Amaral Santos, *RTJ* 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, *O Poder Judiciário e a nova Constituição*, Aide, 1989, p. 80;
- **remédio incomum** — Orozimbo Nonato, apud Cordeiro de Mello, *O processo no Supremo Tribunal Federal*, v. 1, p. 280;
- **incidente processual** — Moniz de Aragão, *A correição parcial*, 1969, p. 110;
- **medida de direito processual constitucional** — José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, 9. ed., Saraiva, 1987, v. 3, 2.ª parte, p. 199, item n. 653;
- **medida processual de caráter excepcional** — Ministro Djaci Falcão, *RTJ* 112/518-522;
- **instrumento de extração constitucional** — "inobstante a origem pretoriana de sua criação (*RTJ* 112/504), destinada a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, 'l') e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, 'f')" — Ementa da Rcl 336, Rel. Min. Marco Aurélio;
- **simples postulação perante o próprio órgão que proferiu uma decisão para o seu exato e integral cumprimento** — Grinover (Da reclamação, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 38/80);
- **provimento mandamental de natureza constitucional** — Pedro Lenza, para este trabalho.

Destacamos o pensamento de Grinover ao analisar a natureza jurídica do **instituto da reclamação:** "... não se trata de ação, uma vez que não se vai rediscutir a causa com um terceiro; não se trata de recurso, pois a relação processual já está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la; não se trata de incidente processual, porquanto o processo já se encerrou. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento".[173]

Já sustentamos, em outro estudo,[174] a conclusão trazida por Grinover, qual seja, tratar-se a **reclamação** de verdadeiro **exercício constitucional de direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra a ilegalidade ou abuso de poder** (CF, art. 5.º, XXXIV, "a").[175]

Esse entendimento parece agora estar consagrado no STF, conforme se observa pela ementa da **ADI 2.480**, j. 02.04.2007, *DJ* de 15.06.2006, na qual se aceitou a previsão da reclamação também para o controle de constitucionalidade estadual e com previsão na CE.[176]

Avançando, poderíamos dizer, então, que a reclamação nada mais é do

que um instrumento de caráter mandamental e natureza constitucional.

6.7.2. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

6.7.2.1. Localização (ADPF)

O § 1.º do art. 102 da CF/88, de acordo com a EC n. 3/93, estabelece que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da CF/88, será apreciada pelo STF, na forma da lei.

A **Lei n. 9.882/99**, regulamentando o dispositivo constitucional, definiu as regras procedimentais para a aludida arguição.

Cabe salientar que, antes do advento da Lei n. 9.882/99, o STF decidiu que o art. 102, § 1.º, da CF/88 materializava norma constitucional de **eficácia limitada**, ou seja, enquanto não houvesse lei descrevendo a forma da nova ação constitucional, a Suprema Corte não poderia apreciá-la.[177]

6.7.2.2. Objeto — hipóteses de cabimento (ADPF)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental será cabível, de acordo com a lei em comento, seja na modalidade de **arguição autônoma** (direta), seja na hipótese de **arguição incidental**.

O art. 1.º, *caput*, da Lei n. 9.882/99 disciplinou a hipótese de **arguição autônoma**, tendo por objeto *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*.

Percebe-se, então, nítido caráter **preventivo** na primeira situação (**evitar**) e caráter **repressivo** na segunda **(reparar lesão a preceito fundamental)**, devendo haver **nexo de causalidade** entre a **lesão ao preceito fundamental** e o **ato do Poder Público**, de que esfera for, não se restringindo a atos normativos, podendo a lesão resultar de **qualquer ato administrativo**, inclusive **decretos regulamentares**.

A segunda hipótese (**arguição incidental**), prevista no parágrafo único do art. 1.º da Lei n. 9.882/99, prevê a possibilidade de arguição quando for **relevante** o *fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, municipal (e por consequência o distrital, acrescente-se), incluídos os anteriores à Constituição*.

Nessa hipótese, deverá ser demonstrada a **divergência jurisdicional** (**comprovação da controvérsia judicial**) **relevante** na aplicação do ato normativo, violador do preceito fundamental.

Observa-se, então, que essa segunda modalidade de **arguição (incidental)**, além de se restringir a **ato normativo**, pressupõe a demonstração de controvérsia judicial relevante, o que faz crer a existência

de uma **demanda concreta**, tanto é que o art. 6.º, § 2.º, da Lei n. 9.882/99 autoriza ao relator, se entender necessário, **ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição**.

Busca-se, nesse sentido, fazendo-se uma cisão funcional em relação ao caso concreto, antecipar o entendimento da Suprema Corte sobre a matéria.

Gilmar Mendes, nesse caso, fazendo um contraponto ao art. 97 em relação ao qual se observa uma *cisão funcional horizontal*, no caso da ADPF incidental, vislumbra uma **cisão funcional no plano vertical (de órgãos das instâncias ordinárias para o STF)**.[178]

Ainda, cabe destacar, na medida em que a ADPF pode ter por objeto ato editado antes da Constituição, a sua importante utilização como **instrumento de análise em abstrato de recepção** de lei ou ato normativo.

Convém advertir que no julgamento da **ADI 2.231-MC/DF**, proposta pelo Conselho Federal da OAB, "... o Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1.º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da arguição autônoma de caráter abstrato, a **arguição incidental em processos em curso**, a qual **não poderia ser criada pelo legislador ordinário**, mas, tão só, por via de **emenda constitucional**, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto **interpretação conforme** à CF a fim de excluir de sua aplicação **controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo**" (*Inf. 253/STF*) **(matéria pendente)**.

Apesar de não julgada referida ADI, parece, em razão de alguns precedentes do STF, que essa tese não deve prosperar.

6.7.2.3. Preceito fundamental — conceito (ADPF)

Tanto a Constituição como a lei infraconstitucional deixaram de conceituar **preceito fundamental**, cabendo essa tarefa à doutrina e, em última instância, ao STF.

Até o momento, os Ministros do STF não definiram o que entendem por preceito fundamental. Em algumas hipóteses, disseram **o que não é preceito fundamental**. Para se ter um exemplo, na apreciação da questão de ordem da ADPF 1-RJ, apresentada pelo Ministro relator Néri da Silveira, o Tribunal não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1.º) ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil — PC do B, contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal — que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2000 —, teria violado o princípio constitucional da separação de Poderes (CF, art. 2.º). Considerou-se ser incabível na espécie a arguição de descumprimento de preceito

fundamental, dado que **o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público**, previsto no art. 1.º da Lei n. 9.882/99 ("A arguição prevista no § 1.º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público") (*Inf. 176/STF*).

Enquanto o STF não define o que entende por preceito fundamental (e parece que a apreciação não será de forma ampla, mas somente em cada caso concreto, resolvendo tratar-se ou não de preceito fundamental), valemo-nos de algumas sugestões da doutrina.

Para o Professor Cássio Juvenal Faria, preceitos fundamentais seriam aquelas "normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os 'princípios fundamentais' do Título I (arts. 1.º ao 4.º); os integrantes da cláusula pétrea (art. 60, § 4.º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170); etc.".[179]

Para Bulos, "qualificam-se de *fundamentais* os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária". Como exemplos o autor lembra os arts. 1.º, 2.º, 5.º, II, 37, 207 etc.[180]

6.7.2.4. Competência (ADPF)

De acordo com o art. 102, § 1.º, da CF, a arguição de descumprimento de preceito fundamental será apreciada pelo **STF** (competência originária), na forma da lei.

6.7.2.5. Legitimidade (ADPF)

Os legitimados para a propositura da referida ação são os **mesmos da ADI genérica**, previstos no art. 103, I a IX, da CF/88 e no art. 2.º, I a IX, da Lei n. 9.868/99 (conforme o art. 2.º, I, da Lei n. 9.882/99), com as observações sobre a **pertinência temática** expostas quando do comentário sobre a ADI genérica.

O art. 2.º, II, da Lei n. 9.882/99 permitia a legitimação para **qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público**, mas foi **vetado**.

Apesar do **veto**, o art. 2.º, § 1.º, estabelece que, "na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao **Procurador-Geral**

da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo”.[181]

6.7.2.6. Procedimento (ADPF)

Proposta a ação diretamente no **STF**, por um dos legitimados, deverá o relator sorteado analisar a regularidade formal da petição inicial, que deverá conter, além dos requisitos do art. 282 do CPC e observância das regras regimentais: **a)** a indicação do preceito fundamental que se considera violado; **b)** a indicação do ato questionado; **c)** a prova da violação do preceito fundamental; **d)** o pedido, com suas especificações; **e)** se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação (parágrafo único do art. 3.º da lei em análise).

Liminarmente, o relator, não sendo o caso de arguição, faltante um dos requisitos apontados, ou inepta a inicial, indeferirá a petição inicial, sendo cabível o **recurso de agravo**, no prazo de **5 dias**, para atacar tal decisão.

Fundamental notar que, de acordo com o art. 4.º, § 1.º, da Lei n. 9.882/99, não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade. Trata-se do **princípio da subsidiariedade** (caráter residual), que, segundo o Ministro Celso de Mello, condiciona o ajuizamento da ação à “... ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a lesividade indicada pelo autor” (ADPF-6/RJ, *DJ* de 19.09.2000. *Vide*, ainda, ADPF 3, questão de ordem — *Inf. STF 189* e *12*, *DJ* de 26.03.2001).

Evoluindo, o STF entendeu que o **princípio da subsidiariedade** deve ser interpretado no contexto da **ordem constitucional global:** “Princípio da subsidiariedade (art. 4.º, § 1.º, da Lei n. 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação” (**ADPF 33**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07.12.2005, *DJ* de 27.10.2006. No mesmo sentido: ADPF 47-MC, Rel. Min. Eros Grau, j. 07.12.2005, *DJ* de 27.10.2006).

Havendo pedido de liminar e apreciado pelo relator, este solicitará as

informações necessárias às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de 10 dias, podendo, ainda, caso entenda necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (no caso, a **arguição incidental**), requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em **audiência pública** (cf. **ADPF 101** — *importação de pneus usados* — 27.06.2008 e **ADPF 54** — *interrupção de gravidez por anencefalia* — 26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro, todas em 2008), de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 6.º e § 1.º, da Lei n. 9.882/99).

Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Assim, confirme visto no *item 6.7.1.16.3*, o STF, **excepcionalmente**, vem admitindo *amicus curiae* na ADPF, aplicando, por analogia, o art. 7.º, § 2.º, da Lei n. 9.868/99, desde que se demonstrem a **relevância da matéria** e a **representatividade dos postulantes** (cf. **ADPFs 33**, **46**, **73**, **132**, **183**, **205** etc.).

Ouvido o MP (art. 7.º, parágrafo único, da Lei n. 9.882/99, acatando o mandamento do art. 103, § 1.º da CF/88), o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, pedindo dia para julgamento.

Da mesma forma que ocorre no julgamento da ADI, a decisão (julgamento) sobre a arguição será proferida pelo *quorum* da **maioria absoluta** (art. 97 da CF/88), desde que presente o *quorum de instalação da sessão de julgamento*, previsto no art. 8.º da Lei n. 9.882/99, qual seja, a exigência de estarem presentes pelo menos **2/3 dos Ministros**, ou seja, pelo menos **8 dos 11 Ministros**.

Conforme se verifica no processo de ADI, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é **irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória** (art. 12 da Lei n. 9.882/99), cabendo, contudo, contra o descumprimento da decisão proferida pelo STF, na forma de seu Regimento Interno, **reclamação**.

■ 6.7.2.7. Efeitos da decisão (ADPF)

Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

A decisão é **imediatamente autoaplicável**, na medida em que o presidente do STF determinará o **imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente**.

De acordo com o art. 10, § 2.º, da Lei n. 9.882/99, dentro do prazo de 10 dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União*.

A decisão terá eficácia contra todos (***erga omnes***) e **efeito vinculante** relativamente aos demais órgãos do Poder Público, além de efeitos retroativos (***ex tunc***).

Da mesma forma como acontece na ADI, como exceção à regra geral do princípio da nulidade, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada de **2/3** de seus membros, **restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado**.

■ 6.7.2.8. O parágrafo único do art. 1.º da Lei n. 9.882/99 é inconstitucional (arguição incidental)?

A Constituição somente autorizou a apreciação, pelo STF, da **arguição de preceito fundamental**, na forma da **lei**.

Já havia previsto competência ao STF, em sede de ADI, para apreciação de lei ou ato normativo federal ou estadual, como já visto, **excluídos** os municipais e anteriores à Constituição.

A matéria está para ser decidida pelo STF na **ADI 2.231 (matéria pendente)**.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, surge instrumento adequado ao combate da chamada "guerra de liminares", introduzindo profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade:

> "Em **primeiro lugar**, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da 'interpretação autêntica' do Supremo Tribunal Federal".

> "Em **segundo lugar**, porque poderá ser utilizado para — de forma definitiva e com eficácia geral — solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do **direito ordinário pré-constitucional** em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do **recurso extraordinário**."

> "Em **terceiro**, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal

Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades **municipais**. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais" (Gilmar Ferreira Mendes, *Revista Jurídica Virtual*, n. 7, dez./1999).

6.7.2.9. Pedido de medida liminar (ADPF)

O art. 5.º da Lei n. 9.882/99 estabelece que o STF, por decisão da **maioria absoluta** de seus membros (pelo menos **6 Ministros**), poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em caso de **extrema urgência ou perigo de lesão grave**, ou, ainda, em **período de recesso**, contudo, poderá o **relator** conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

O relator poderá, ainda, ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **salvo se decorrentes da coisa julgada**. Convém alertar que, em 05.12.2001, o Ministro Néri da Silveira (**ADI 2.231-MC/DF**) votou pelo deferimento de liminar suspendendo a eficácia deste § 3.º do art. 5.º da Lei n. 9.882/99, por estar relacionado à **arguição incidental** em processos em concreto, **vedada** sua instituição por lei, como visto.

Cabe alertar, todavia, que "o Ministro Sepúlveda Pertence, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 77, deferiu liminar para suspender todos os processos que tramitam na Justiça brasileira questionando a constitucionalidade do artigo 38 da Lei 8.880/94, que instituiu o Plano Real, até que o mérito da ação seja analisado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF)". E continua a *Notícias STF* a destacar o seu voto: "Esse o quadro, defiro, em termos, *ad referendum* (por ratificação) do Plenário, o pedido de cautelar — conforme o artigo 5.º, parágrafo 3.º, da Lei 9.882/99 (ADPF) e o artigo 21 da Lei 9.868/99 — para determinar a

suspensão dos processos em curso nos quais se questione a constitucionalidade ou não do artigo 38 da Lei 8.880/94”.[182]

Em igual sentido, admitindo a aplicação do art. 5.º, § 3.º, da Lei n. 9.882/99: “Liminar concedida. Suspensão de processos e efeitos de sentenças. Servidor público. Professores do Estado de Pernambuco. Elevação de vencimentos com base no princípio da isonomia. Casos recobertos por coisa julgada material ou convalidados por lei superveniente. Exclusão da eficácia da liminar. Agravo provido em parte e referendo parcial, para esse fim. **Aplicação do art. 5.º, § 3.º, *in fine*, da Lei federal n. 9.882/99**. Não podem ser alcançados pela eficácia suspensiva de liminar concedida em ação de descumprimento de preceito fundamental os efeitos de sentenças transitadas em julgado ou convalidados por lei superveniente” (ADPF 79-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.06.2007, *DJ* de 17.08.2007).

Portanto, o STF vem aplicando em sua integralidade o art. 5.º, § 3.º, estando, assim, superado o posicionamento do Min. Néri da Silveira no tocante à medida liminar.

■ 6.7.2.10. ADPF pode ser conhecida como ADI?

SIM: “Tendo em conta o **caráter subsidiário** da arguição de descumprimento de preceito fundamental — ADPF, consubstanciado no § 1.º do art. 4.º da Lei 9.882/1999, o Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de conhecer, como ação direta de inconstitucionalidade — ADI, a ADPF ajuizada pelo Governador do Estado do Maranhão, em que se impugna a Portaria 156/2005, editada pela Secretaria Executiva de Estado da Fazenda do Pará, que estabeleceu, para fins de arrecadação do ICMS, novo boletim de preços mínimos de mercado para os produtos que elenca em seu anexo único. Entendeu-se demonstrada a impossibilidade de se conhecer da ação como ADPF, em razão da **existência de outro meio eficaz para impugnação da norma**, qual seja a ADI, porquanto o objeto do pedido principal é a declaração de inconstitucionalidade de preceito autônomo por ofensa a dispositivos constitucionais, restando observados os demais requisitos necessários à propositura da ação direta. Precedente citado: ADI 349-MC/DF (*DJU* de 24.09.1990). ADPF 72 QO/PA, Rel. Min. Ellen Gracie, 1.º.06.2005. (ADPF-72)” (*Inf. 390/STF*).

Reafirmando esse entendimento, também, no sentido do conhecimento de ADPF como ADI (**princípio da fungibilidade** — art. 4.º, § 1.º, da Lei n. 9.882/99 — e perfeita satisfação dos requisitos exigidos à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade — legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), cf. **ADI 4.180-REF-MC**, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 10.03.2010, Plenário, *DJE* de 27.08.2010.

6.7.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

6.7.3.1. Conceito (ADO)

Trata-se de inovação da CF/88, inspirada no art. 283 da Constituição portuguesa. O que se busca através da ADO é combater uma "doença", chamada pela doutrina de **"síndrome de inefetividade das normas constitucionais"**.

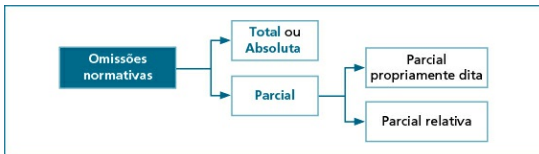
O art. 103, § 2.º, da CF/88 estabelece que, declarada a inconstitucionalidade por omissão **de medida para tornar efetiva norma constitucional**, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. O que se busca é **tornar efetiva norma constitucional** destituída de efetividade, ou seja, somente as normas constitucionais de **eficácia limitada!**[183]

Nesse sentido, devendo o Poder Público ou órgão administrativo regulamentar norma constitucional de eficácia limitada e não o fazendo, surge a "doença", a omissão, que poderá ser "combatida" através de um "remédio" chamado ADO, de forma concentrada no STF.

Abrimos um pequeno parêntese, remetendo o leitor para o capítulo que trata dos **remédios constitucionais**, sugerindo o estudo conjunto da **ADO** com o do **mandado de injunção**, que também se caracteriza como um "remédio" cujo objetivo é combater a "síndrome de inefetividade das normas constitucionais", de eficácia limitada. Na **ADO** temos o controle **concentrado**; através do **mandado de injunção**, o controle **difuso**, pela via de exceção ou defesa.

Finalmente, cabe mencionar a publicação da **Lei n. 12.063, de 27.10.2009**, que passou a estabelecer a disciplina processual da ADO e será apresentada nos itens seguintes.

6.7.3.2. Espécies de omissão



A omissão poderá ser total ou parcial: **total**, quando não houver o cumprimento constitucional do dever de legislar; **parcial**, quando houver lei integrativa infraconstitucional, porém de forma insuficiente.

Como exemplo de **inconstitucionalidade por omissão total** ou **absoluta**, destacamos o art. 37, VII, que prevê o direito de greve para os servidores públicos, ainda não regulamentado por lei.[184] Ou seja, a lei ainda não existe. Outro exemplo é o revogado art. 192, § 3.º, que dependia de lei (limitação da taxa de juros a 12% ao ano — cf. S. 648/STF e SV n. 7/2008).

A **inconstitucionalidade por omissão parcial**, por seu turno, poderá ser parcial propriamente dita ou parcial relativa.

Por **omissão parcial propriamente dita**, a lei existe mas regula de forma deficiente o texto. Como exemplo, destacamos o art. 7.º, IV, que estabelece o direito ao **salário mínimo**. A lei fixando o seu valor existe, contudo o regulamenta de forma deficiente, pois o valor fixado é muito inferior ao razoável para cumprir toda a garantia da referida norma.

Por fim, a **omissão parcial relativa** surge quando a lei existe e outorga determinado benefício a certa categoria mas deixa de concedê-lo a outra, que deveria ter sido contemplada. Nesse caso, tem prevalecido o conteúdo da Súmula 339/STF: "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".

■ 6.7.3.3. Objeto (ADO)

O art. 103, § 2.º, fala em "omissão de **medida**" para tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos **Poderes** ou de **órgão administrativo**.

Nesse sentido, com precisão anota Barroso que a omissão é de cunho **normativo**, que é mais ampla do que a omissão de cunho *legislativo*. Assim, engloba "... atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo".

A omissão, então, pode ser do **Poder Legislativo**, do **Poder Executivo** (atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções, resoluções etc.), ou do próprio **Judiciário** (por exemplo, a omissão em regulamentar algum aspecto processual em seu Regimento Interno).

Portanto, continua Barroso, "... são impugnáveis, no controle abstrato da omissão, a inércia legislativa em editar quaisquer dos atos normativos primários suscetíveis de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade... O objeto aqui, porém, é mais amplo: também caberá a fiscalização da omissão inconstitucional em se tratando de atos normativos secundários, como regulamentos ou instruções, de competência do Executivo,

e até mesmo, eventualmente, de atos próprios dos órgãos judiciários”.[185]

O STF já entendeu que, pendente julgamento de ADO, se a norma que não tinha sido regulamentada é revogada, a ação deverá ser extinta por perda de objeto.[186]

O mesmo entendimento, qual seja, perda de objeto, também foi estabelecido pelo STF para a hipótese de encaminhamento de projeto de lei sobre a matéria ao Congresso Nacional (cf. ADI 130-2/DF), ou, ainda, o não cabimento da ação se, no momento de sua propositura, o processo legislativo já havia sido desencadeado (ADI 2.495, Rel. Ilmar Galvão, j. 02.05.2002, *DJ* de 02.08.2002).

Contudo, este último posicionamento foi repensado no julgamento da **ADO 3.682**, entendendo o STF não se justificar a demora na apreciação de projetos já propostos (*inertia deliberandi* das Casas Legislativas), passível de se caracterizar uma desautorizada “conduta manifestamente **negligente** ou **desidiosa** das Casas Legislativas”, colocando em **risco a própria ordem constitucional** (voto do Min. Gilmar Mendes — tema discutido no *item 6.7.3.9*).

Por derradeiro, adotando entendimento bastante formalista, sobre o qual deixamos a nossa crítica, o STF entendeu como inexistente a fungibilidade da ADO com o mandado de injunção, tendo em vista a diversidade de pedidos: “Impossibilidade jurídica do pedido de conversão do mandado de injunção em ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (**MI 395-QO**, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 11.09.1992).

■ 6.7.3.4. Competência (ADO)

O órgão competente para apreciar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o **STF**, de forma originária (art. 103, § 2.º, c/c, analogicamente, o art. 102, I, “a”).

■ 6.7.3.5. Legitimidade (ADO)

Os legitimados para a propositura da **ADO** são **os mesmos da ADI genérica**, ou seja, o rol previsto no art. 103, com as peculiaridades já apontadas em relação à **pertinência temática**.

Esse entendimento, em um primeiro momento, foi confirmado pelo STF no julgamento da **ADO 3.682** (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007, *DJ* de 06.09.2007), na qual se discutiu a problemática da inexistência de LC federal, disciplinando as regras sobre a criação de Municípios (ADI 2.240 — cf. *item 6.7.1.9* e *item 7.6.1*).

No voto do Min. Gilmar Mendes, ficou clara a falta de cuidado do

constituinte ao estabelecer as regras para a propositura da *ADO*, já que não aparece nem como competência originária do STF, no art. 102, I, "a", nem no art. 103, *caput* (que fixa a legitimação ativa). A sua previsão encontra-se somente no art. 103, § 2.º, e de modo genérico.

Em suas palavras, "todavia, diante da indefinição existente, será inevitável, com base mesmo no **princípio de hermenêutica** que recomenda a adoção da interpretação que assegure **maior eficácia possível à norma constitucional**, que os entes ou órgãos legitimados a propor a ação direta contra ato normativo — desde que sejam contempladas as peculiaridades e restrições mencionadas — possam instaurar o controle abstrato da omissão. Não há como deixar de reconhecer, portanto, a legitimidade ativa da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso para propor a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão".

A **Lei n. 12.063/2009** ratificou esse posicionamento, não havendo mais qualquer dúvida sobre a questão.

■ 6.7.3.6. Natureza jurídica dos legitimados (ADO)

Conforme anota o Min. Gilmar Mendes, assim como acontece na ADI genérica, o processo de controle na **ADO** tem por escopo a "defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa precipuamente à defesa da ordem jurídica". Os legitimados agem como "**advogados do Interesse Público** ou, para usar a expressão de *Kelsen*, como **advogados da Constituição**". Utilizando-se a denominação de *Triepel*, tem-se "típico **processo objetivo**" (voto na ADI 3.682).

■ 6.7.3.7. Procedimento (ADO)

O procedimento da **ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)** é praticamente o mesmo da ADI genérica, com algumas peculiaridades.

Nos termos do art. 12-B, da Lei n. 9.868/99, a petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão e indicará:

- a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;
- o pedido, com suas especificações.

A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cabendo **agravo** da referida decisão.

Proposta a ação, não se admitirá desistência, devendo ser, no que couber, aplicadas as disposições constantes da Seção I do Capítulo II da Lei n. 9.868/99.

Os legitimados constantes do art. 103, CF/88, poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

Modificando o entendimento do STF, a lei passou a estabelecer que o relator **poderá** solicitar a manifestação do **AGU**, cujo encaminhamento deverá ser feito no prazo de 15 dias.

O Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por 15 dias, após o decurso do prazo para informações.

Finalmente, segundo Clèmerson Merlin Clève, "não há prazo para a propositura da ação. É evidente, entretanto, que sem o transcurso de um prazo razoável, aferível caso a caso, não haverá omissão inconstitucional censurável, mas sim mera lacuna técnica (omissão constitucional e omissão constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade)".[187]

6.7.3.8. Medida cautelar (ADO)

Nesse ponto, a **Lei n. 12.063/2009** inovou a matéria, passando a admitir medida cautelar em **ADO**.

Nos termos do art. 12-F, da Lei n. 9.868/99, em caso de **excepcional urgência** e **relevância da matéria**, o STF, por decisão da **maioria absoluta** de seus **membros**, observado o disposto no art. 22 (*quorum* de instalação da sessão de julgamento com no mínimo 8 Ministros), poderá **conceder medida cautelar**, **após** a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias.

A medida cautelar poderá consistir na **suspensão** da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de **omissão parcial**, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 dias.

No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

Concedida a medida cautelar, o STF fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo II da Lei n. 9.868/99.

■ 6.7.3.9. Efeitos da decisão (ADO)

Declarada a inconstitucionalidade, indagamos se o STF (Poder Judiciário) poderia elaborar a lei, para suprir a omissão.

Em respeito ao princípio da **tripartição dos Poderes**, previsto no art. 2.º da CF/88, não é permitido ao Judiciário legislar (salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas, como a elaboração de seu Regimento Interno). A sentença proferida em sede de ADO, contudo, tem **caráter mandamental**, constituindo em **mora** o poder competente que deveria elaborar a lei e não o fez.

O art. 103, § 2.º, estabelece efeitos diversos para o **poder competente** e para o **órgão administrativo:**

- **poder competente:** será dada ciência ao poder competente, não tendo sido fixado qualquer prazo para a adoção das providências necessárias;
- **órgão administrativo:** deverá suprir a omissão da medida no prazo de 30 dias, sob pena de responsabilidade, ou, nos termos do art. 12-H, § 1.º, da Lei n. 9.868/99, em **prazo razoável** a ser estipulado **excepcionalmente** pelo Tribunal, tendo em vista as **circunstâncias específicas** do caso e o **interesse público** envolvido.

Neste ponto, o art. 103, § 2.º, poderia ser interpretado de duas maneiras: **a)** ou o prazo foi estabelecido apenas para o órgão administrativo, não podendo o STF fixar prazo para o Legislativo ou outro Poder omisso; **b)** ou o prazo pode ser fixado pelo Judiciário tanto para o órgão administrativo como para o Legislativo ou outro órgão omisso. Porém, se fixado para o órgão administrativo, deverá ser dentro de 30 dias e, agora, nos termos do art. 12-H, § 1.º, da Lei n. 9.868/99, em **prazo razoável** a ser estipulado **excepcionalmente** pelo Tribunal, tendo em vista as **circunstâncias específicas** do caso e o **interesse público** envolvido.

Nesse sentido, o Min. Carlos Britto, no julgamento da **ADO 3.682**, observou, acompanhando o voto do Min. relator: “diferentemente da Constituição portuguesa, a nossa não se limitou a cuidar da ADI por omissão de medida legislativa; foi além. Quando a nossa Constituição falou em dar

ciência ao poder competente, claro que mais de um poder, não só ao Poder Legislativo, apenas a Constituição avançou o comando de que, em se tratando de órgão administrativo, esse prazo seria de trinta dias, mas **sem com isso excluir a possibilidade de se fixar um prazo, logicamente, maior para o Poder Legislativo**" (grifamos).

O tema, nessa linha, foi **amplamente revisto pelo STF** no precedente citado (e de *indispensável leitura para as provas e concursos*), no qual se discutiu a inércia do legislador em elaborar a LC federal, prevista nos termos do art. 18, § 4.º, na redação dada pela EC n. 15/96, fixando o procedimento de criação dos novos Municípios (cf. *item 7.6.1*).

Como se sabe, a EC n. 15/96, alterando a redação do art. 18, § 4.º, foi publicada em 13.09.1996. Apesar de fazer mais de 10 anos, a lei ainda não existe, mostrando-se, portanto, flagrante a omissão.

Seguindo o voto do Min. relator, Gilmar Mendes, "... apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4.º, da Constituição, é possível constatar a **omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência**. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, **não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas**, conduta esta que pode pôr em **risco a própria ordem constitucional**. A ***inertia deliberandi*** das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4.º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal".

Conforme se observa pelo voto do Min. Gilmar Mendes, no direito alemão, com o objetivo de afastar as omissões legislativas, várias técnicas surgiram, como aquela que declara a **inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade** (*Unvereinbarerlärung*), ou aquela de **apelo ao legislador** (*Appellentschedung*), esta última "... decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade", tudo para se evitar uma inconcebível situação de "autêntico caos jurídico".

E conclui: "o princípio do Estado de Direito (art. 1.º), a cláusula que assegura a imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 5.º, § 1.º) e o disposto no art. 5.º, LXXI, que, ao conceder o mandado de injunção para garantir os direitos e liberdades constitucionais, impõe ao legislador o dever

de agir para a concretização desses direitos, exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade".

Assim, a ação foi julgada "... procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4.º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios" (**ADO 3.682**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007, *DJ* de 06.09.2007).

Muito embora a *ementa* acima reproduzida não indique o caráter coercitivo da decisão do STF ("*não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável*"), a leitura do acórdão[188] e suas discussões finais nos dá a ideia de que, em razão do **caráter mandamental** da decisão, o Congresso Nacional terá de legislar dentro de tal período de 18 meses, prazo, inclusive, fixado no dispositivo do acórdão.

Em não elaborando a lei, dado o caráter mandamental, consequências processuais podem decorrer e, ainda, parece-nos que se possa aplicar, por analogia, o art. 64 e seus parágrafos, com a ideia de travamento de pauta, ou, quem sabe, dada a evolução da jurisprudência do STF no controle das omissões legislativas (**MI 712** — cf. *item 14.11.5.4*), o suprimento da omissão pelo próprio STF. O que não dá para aceitar é a inconsequente e desarrazoada *inertia deliberandi*, manifestamente **negligente** e **desidiosa**, conforme reconheceu o Min. Gilmar Mendes.

Questionando os efeitos práticos da **ADO 3.682**, em 11.09.2008, o Presidente da Câmara dos Deputados encaminhou o *Ofício n. 1073/2008/SGM/P*, de 02.09.2008, ao Presidente do STF, dizendo não ter tomado conhecimento de decisão que "obrigasse" o Parlamento a elaborar a LC, assim como alertando sobre o risco de a decisão do STF violar o **princípio da separação de Poderes** (art. 2.º da CF/88), caso fosse realmente impositiva a decisão proferida.

Cabe alertar, contudo, que, restringindo nossa opinião, o **Min. Presidente do STF** determinou, em **12.09.2008**, por meio do *Ofício n. 346/GP*, fosse

oficiado o Presidente da Câmara dos Deputados, encaminhando o inteiro teor do acórdão de fls. 132-187, e esclareceu: **"não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI ns. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios"**.

Deixou claro, contudo, que findo o prazo de 24 meses e não resolvida a situação dos Municípios criados violando a regra contida no art. 18, § 4.º, eles desapareceriam, restabelecendo a situação anterior.

Para tentar resolver esse impasse, o CN promulgou a **EC n. 57, de 18.12.2008**, que, ao acrescentar o art. 96 ao ADCT, assim estabeleceu: "ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação".

Percebe-se, então, que referida EC busca convalidar o vício formal de todas as leis estaduais que criaram Municípios sem a observância do art. 18, § 4.º, "constitucionalizando", de maneira **ilegítima**, leis que nasceram inconstitucionais.

Parece-nos bastante complicado aceitar que Municípios que foram criados, alguns até, por exemplo, sem o plebiscito adequado, sem um rigoroso estudo de viabilidade, sejam convalidados por emenda constitucional em um "gritante" e imoral mecanismo de **constitucionalidade superveniente**.

Em nosso entender, a EC foi contra a decisão do STF que fazia um "apelo" para se elaborar a lei complementar e, uma vez elaborada, a decisão do STF era no sentido de se corrigir o vício apontado, dando a oportunidade para que os Municípios criados preenchessem todos os requisitos estabelecidos no art. 18, § 4.º.

Foi por esse motivo que o STF fixou um prazo distinto na modulação dos efeitos.

Lembrando, o apelo era para o Congresso Nacional fazer a lei em 18 meses e, em relação aos Municípios, foi fixado o prazo de 24 meses de sobrevida. Essa diferença de 6 meses seria para que o Município corrigisse o vício formal de inconstitucionalidade sendo que, se nada fizesse, findo o prazo maior de 24 meses, implacavelmente, o Município desapareceria. Sem dúvida, novamente, insistimos, a EC mostra-se ilegítima e inconstitucional.

Resta saber como o STF interpretará essa questão se, eventualmente, a EC n. 57/2007 vier a ser objeto de futura ADI **(matéria pendente de**

julgamento pelo STF).

Alertamos, contudo, que, em determinado caso concreto, o STF acabou aceitando os termos da referida emenda, o que, com o máximo respeito, pelos motivos expostos, não entendemos ter sido a melhor decisão. Vejamos:

> "EMENTA: Criação do Município de Pinto Bandeira/RS. **Ação julgada prejudicada pela edição superveniente da EC 57/2008**. Alegação de contrariedade à EC 15/96 (...). Com o advento da EC 57/2008, foram convalidados os atos de criação de Municípios cuja lei tenha sido publicada até 31.12.2006, atendidos os requisitos na legislação do respectivo estado à época de sua criação. A Lei 11.375/99 foi publicada nos termos do art. 9.º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, alterado pela EC 20/97, pelo que a criação do Município de Pinto Bandeira foi convalidada" (**ADI 2.381-AgR**, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.03.2011, Plenário, *DJE* de 11.04.2011).

■ 6.7.4. Representação interventiva (IF)

■ 6.7.4.1. Conceito (IF)

O art. 18, *caput,* da CF/88 estabelece que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **todos autônomos**. Vale dizer, como regra geral, nenhum ente federativo deverá intervir em qualquer outro.

No entanto, excepcionalmente, a CF estabelece situações (de anormalidade) em que poderá haver a intervenção:

- **União** □ nos **Estados, Distrito Federal** (hipóteses do art. 34) e nos **Municípios localizados em Território Federal**[189] (hipótese do art. 35);
- **Estados** □ em seus **Municípios** (art. 35).

A **representação interventiva**, que surgiu, conforme visto, com a Constituição de 1934, apresenta-se como um dos pressupostos para a decretação da intervenção federal, ou estadual, pelos Chefes do Executivo, nas hipóteses previstas na CF/88.[190] Assim, reforce-se, nessa modalidade de procedimento, quem decreta a intervenção não é o Judiciário, mas o Chefe do Poder Executivo.

Clèmerson Clève, ao analisar o instituto, conclui tratar-se de "... procedimento fincado a meio caminho entre a fiscalização da lei *in thesi* e aquela realizada *in casu*. Trata-se, pois, de uma variante da fiscalização concreta realizada por meio de ação direta".[191]

O Judiciário exerce, assim, um controle da **ordem constitucional** tendo

em vista o **caso concreto** que lhe é submetido à análise.

Nesse sentido, Barroso observa que "... embora seja formulado um juízo de certa forma abstrato acerca da constitucionalidade do ato normativo — nas hipóteses em que o ato impugnado tenha essa natureza (e, acrescente-se, veremos que o objeto não se resume a ato normativo) — não se trata de processo objetivo, sem partes ou sem um caso concreto subjacente. Cuida-se, sim, de um **litígio constitucional**, de uma **relação processual contraditória**, contrapondo União e Estado-membro, cujo desfecho pode resultar em intervenção federal".[192]

O Judiciário não nulifica o ato, mas apenas verifica se estão presentes os pressupostos para a futura decretação da intervenção pelo Chefe do Executivo.

Poderíamos pensar, então, em 3 fases do procedimento, estudadas a seguir:

FASE 1	FASE 2
■ **fase jurisdicional:** o STF ou TJ analisam apenas os pressupostos para a intervenção,	■ **intervençã branda:** o Ch do Executivo, por meio de decreto, limita se a suspend a execução d ato impugnad

não nulificando o ato que a ensejou. Julgando procedente o pedido, **requisitam** a intervenção para o Chefe do Executivo	se essa medi bastar ao restabelecime da normalidad ■ **controle político? NÃ** Nesta fase 2, está dispensa a apreciação pelo Congres Nacional ou p Assembleia Legislativa

■ 6.7.4.2. Representação interventiva federal (ADI interventiva federal)

O art. 36, III, da CF/88, primeira parte, estabelece que a decretação da intervenção dependerá de provimento, pelo **STF**, de representação do **Procurador-Geral da República**, na hipótese do **art. 34, VII**, quais sejam, os **princípios sensíveis da Constituição**.

Durante a vigência do texto de 1988, jamais se passou da *fase 1* (judicial) para a *fase 2* (decretação pelo Chefe do Poder Executivo), muito embora alguns poucos pedidos de intervenção, com base no art. 36, III, destacando-se:

- ■ **IF 114** (*07.02.1991*): pedido de intervenção em razão de omissão do poder público no controle de **linchamento de presos** no Estado de Mato Grosso. No mérito, o STF entendeu que não era caso de intervenção, indeferindo, portanto, o pedido;
- ■ **IF 4822** (*08.04.2005*): pedido de intervenção no *Centro de Atendimento Juvenil Especializado **(Caje)***, com base em deliberação do *Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH)*, que condenou a sua estrutura física e gerencial **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**;
- ■ **IF 5129** (*05.10.2008*): pedido de intervenção formulado pelo PGR contra o estado de Rondônia, por suposta violação a direitos humanos no **presídio Urso Branco**, em Porto Velho, que se encontra em situação de "calamidade". Segundo o então PGR, Antonio Fernando Souza, "... nos últimos oito anos contabilizaram-se mais de cem mortes e dezenas de lesões corporais [contra presos], fruto de motins, rebeliões entre presos e torturas eventualmente perpetradas por agentes penitenciários"

(*Notícias STF* de 08.10.2008) **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**;

- **IF 5179** (11.02.2010): pedido de intervenção por suposto esquema de corrupção no DF. Conforme relatado a seguir, no mérito, o pedido foi julgado improcedente.

■ 6.7.4.2.1. Objeto (IF)

Apesar de, em um primeiro momento, o STF, mesmo diante de doutrina em sentido contrário (Alfredo Buzaid[193]), ter limitado o objeto da ação somente a atos normativos (**Rp 94/DF**, Rel. Min. Castro Nunes, j. 17.07.1946), o entendimento atual é o **mais amplo possível**, podendo ser considerado como objeto a violar princípio sensível:

- **lei ou ato normativo que viole princípios sensíveis**;
- **omissão ou incapacidade** das autoridades locais para se assegurar o cumprimento e preservação dos princípios sensíveis, como, por exemplo, os direitos da pessoa humana;
- **ato governamental estadual** que desrespeite os princípios sensíveis da CF;
- **ato administrativo, que afronte os princípios sensíveis**;
- **ato concreto que viole os princípios sensíveis**.

A **fase judicial** da intervenção não se confunde com a fase judicial das demais ações de inconstitucionalidade, pois, conforme visto na ADI Interventiva (ou, por alguns, denominada **representação interventiva**), o Tribunal **não** nulificará, na **hipótese de lei**, o ato normativo.

Em relação à **omissão**, trata-se de importante avanço, já sugerido pela doutrina e, posteriormente, sedimentado na jurisprudência do STF e, finalmente, na **Lei n. 12.562/2011**.

Como exemplo, lembramos situação em que presos no Estado do Mato Grosso, por omissão estatal e negligência, estavam sendo **linchados** pela população local, revoltada com a gravidade dos crimes praticados.

Naturalmente, o STF entendeu que a omissão e a incapacidade do governo local em garantir o direito de presos **(direitos da pessoa humana)** já seriam suficientes para o cabimento da ação. Nesse sentido:

> “Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos ‘direitos da pessoa humana’, em face de **fato criminoso praticado com extrema crueldade** a indicar a inexistência de ‘condição mínima’, no Estado, ‘para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida’. (...) Hipótese em que estão em causa ‘direitos da

pessoa humana', em sua compreensão mais ampla, revelando-se **impotentes as autoridades policiais locais** para manter a **segurança** de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. Intervenção federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva." No tocante ao mérito do STF, contudo, embora a gravidade dos fatos, negou provimento ao pedido já que o Estado de Mato Grosso estaria procedendo a apuração do crime" (**IF 114**, Rel. Min. Presidente Néri da Silveira, j. 13.03.1991).

O pedido de intervenção, conforme visto, também poderá envolver o DF, em razão de lei ou ato normativo, omissão ou ato governamental **distrital**.

Nesse sentido, destacamos, para exemplificar, pedido de intervenção em razão de **ato governamental** a sugerir suposto "esquema de corrupção", preservado em razão, segundo o pedido formulado, de omissão das autoridades locais.[194]

Estamos nos referindo à IF 5.179, tendo sido o pedido formulado pelo PGR com base no art. 34, VII, *a*, por suposta violação aos **princípios republicano e democrático**, bem como ao **sistema representativo** (CF, art. 34, VII, "a").

O pedido de intervenção federal fundou-se na "... **alegação** da existência de **esquema de corrupção** que envolveria o ex-Governador do DF, alguns Deputados Distritais e suplentes, investigados pelo STJ, e cujo concerto estaria promovendo a desmoralização das instituições públicas e comprometendo a higidez do Estado Federal. Tais fatos revelariam conspícua **crise institucional** hábil a colocar em risco as atribuições político-constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo e provocar instabilidade da ordem constitucional brasileira. (...) **No mérito**, entendeu-se que o perfil do momento político-administrativo do Distrito Federal já **não autorizaria a decretação de intervenção federal**, a qual se revelaria, agora, **inadmissível** perante a **dissolução do quadro que se preordenaria a remediar**...", tendo ficado vencido o Min. Ayres Britto (**IF 5.179**, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 30.06.2010, Plenário, *DJE* de 08.10.2010 e *Inf. 593/STF*).

Em razão da gravidade dos fatos expostos na inicial, muito embora o **indeferimento** do pedido de intervenção acima relatado, vale a pena destacar passagens do voto **vencido** do Min. Ayres Britto (que pode ser lido na íntegra, em razão de já ter sido publicado o referido acórdão), conforme *Notícias STF* de 30.06.2010:

"'O Distrito Federal padece de **leucemia ética**, **democrática** e **cívica**, pelas

suas cúpulas no âmbito do Legislativo e do Executivo. O caso é de **hecatombe institucional**. E aí, serve como luva encomendada essa **ferramenta** chamada de **intervenção**', disse Ayres Britto.

Gurgel pediu a intervenção após ser deflagrada uma crise política na capital federal a partir de operação da Polícia Federal que investigou denúncias de corrupção, formação de quadrilha, desvio de verbas públicas e fraude em licitações no governo DF.

Ayres Britto afirmou que a máquina administrativa distrital ainda padece de **deficiências graves**, mesmo após a eleição indireta do governador Rogério Rosso (PMDB) e que o poder Legislativo ainda se encontra em estado de **letargia**, de não funcionamento. 'A mentalidade dos governantes nos dois poderes, Executivo e Legislativo, não mudou, permanece', ponderou. 'O caso é de cultura antirrepublicana de governo. Daí a necessidade da intervenção federal'.

Ele acrescentou ainda que há 'provas robustas', com fitas e depoimentos que evidenciam a situação de corrupção na capital federal, mas ressaltou que essa situação é, na verdade, um sintoma. 'A causa da corrupção, dos desvios administrativos, de tantos conluios espúrios está em uma **cultura antirrepublicana** que se instalou no Distrito Federal de longa data. Uma cultura antirrepublicana de governo que não é de agora', afirmou.

Ele destacou a importância do Distrito Federal perante a nação, por ser a capital da República, como mais uma razão para a intervenção, e foi taxativo: 'O bom exemplo republicano, representativo, democrático, ético tem que partir de Brasília. O bom exemplo vem de cima'.

'Acho que a oportunidade é excelente para se fazer uma **profilaxia**. Não para cassar o Distrito Federal. Na verdade, se trata de **libertar o Distrito Federal das garras de um perigosíssimo esquema de enquadrilhamento para assaltar o erário**', concluiu Ayres Britto".

■ 6.7.4.2.2. Princípios sensíveis

Conforme visto, cabe o pedido de intervenção quando houver violação aos denominados **princípios sensíveis**, que estão expostos no art. 34, VII, "a"-"e", destacando-se:

- forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- direitos da pessoa humana;
- autonomia municipal;
- prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta;
- aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e nos serviços públicos de saúde.

■ 6.7.4.2.3. Competência (IF)

De acordo com o art. 36, III, na hipótese de **representação interventiva**

federal, a competência é **originária** do **STF**.

■ 6.7.4.2.4. Legitimidade (IF)

O **único** e **exclusivo** *legitimado ativo* para a propositura da **representação interventiva federal** é o **Procurador-Geral da República**, que tem total **autonomia** e **discricionariedade** para formar o seu convencimento de ajuizamento.

Já se sustentou atuar ele como representante da União, chegando, outros, a sugerir, no entanto, que esta atribuição fosse transferida, por emenda, para o AGU.

Contudo, não nos parece adequado nem a ideia de representação da União, em razão da regra constante no art. 129, IX, que veda, expressamente, por parte do Ministério Público, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, nem mesmo a transferência dessa atribuição para o AGU.

O entendimento que deve ser adotado é que o **PGR** atua em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, destacando-se, no caso, a defesa do **equilíbrio federativo**.

O *legitimado passivo* deve ser entendido como o **ente federativo** no qual se verifica a violação ao princípio sensível da CF/88, devendo ser solicitadas informações às autoridades ou aos órgãos estaduais ou distritais responsáveis, como a Assembleia Legislativa local ou o Governador, nesse último caso representado pelo Procurador-Geral do Estado ou do DF (art. 132, CF/88).

Verifica-se, assim, uma **relação processual controvertida** entre a União e os Estados-membros ou o DF.

■ 6.7.4.2.5. Procedimento (IF)

O procedimento da **representação interventiva federal** estava previsto na **Lei n. 4.337, de 1.º.06.1964**, assim como nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.038/90 e nos arts. 350 a 354 do *RISTF*.

Contudo, cabe alertar a publicação da **Lei n. 12.562, de 23.12.2011**, regulamentando o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o STF.

Proposta a ação pelo Procurador-Geral da República, no STF, a petição inicial deverá conter:

- a indicação do **princípio constitucional** sensível (art. 34, VII, CF/88) que se considera violado ou, se for o caso de recusa à aplicação de lei federal, das disposições questionadas (essa última hipótese será tratada no *capítulo 7*, no item sobre *intervenção federal*);
- a indicação do **ato normativo**, do **ato administrativo**, do **ato concreto**

ou da **omissão** questionados;

- a **prova** da **violação do princípio constitucional** ou da recusa de execução de lei federal;
- o **pedido**, com suas especificações.

A petição inicial será apresentada em 2 vias, devendo conter, se for o caso, cópia do ato questionado (**estadual** ou **distrital**) e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Cabe ao relator **indeferir liminarmente** a **petição inicial** quando:

- não for o caso de representação interventiva;
- faltar algum dos requisitos estabelecidos na lei;
- for inepta.

Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá **agravo**, no prazo de **5 dias**.

Recebida a inicial, o relator deverá tentar dirimir **(administrativamente)** o conflito que dá causa ao pedido, utilizando-se dos meios que julgar necessários, na forma do regimento interno.

Não solucionado o problema e não sendo o caso de arquivamento, apreciado eventual pedido de liminar ou, logo após recebida a petição inicial, se não houver pedido de liminar, o relator solicitará as **informações** às **autoridades responsáveis pela prática do ato questionado**, que as prestarão em até **10 dias**.

Decorrido o prazo para prestação das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o **AGU** e o **PGR**, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de **10 dias**.

O relator, se entender necessário, poderá **requisitar informações adicionais**, **designar perito** ou **comissão de peritos** para que elabore laudo sobre a questão ou, ainda, fixar data para declarações, em **audiência pública**, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Poderão ser autorizadas, ainda, a critério do relator, a manifestação e a juntada de documentos por parte de interessados no processo, reconhecendo-se, assim, nos termos do art. 7.º, parágrafo único da Lei n. 12.562/2011, a manifestação de ***amicus curiae***.

Vencidos os prazos ou, se for o caso, realizadas as diligências, o relator lançará o relatório, com cópia para todos os Ministros e pedirá dia para julgamento.

A **decisão** sobre a representação interventiva somente será tomada se presentes na sessão pelo menos **8 Ministros** (*quorum* de instalação da sessão de julgamento, como se verifica, também, na ADI), devendo ser proclamada

a procedência ou improcedência do pedido formulado na representação interventiva se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos 6 Ministros (**maioria absoluta**).

Estando ausentes Ministros em número que possa influir na decisão sobre a representação interventiva, o julgamento será **suspenso**, a fim de se aguardar o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para a prolação da decisão.

Julgado procedente o pedido, far-se-á a comunicação às autoridades ou aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, e, se a decisão final for pela **procedência do pedido** formulado na representação interventiva, o Presidente do STF, publicado o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do **Presidente da República** para, no **prazo improrrogável de até 15 dias**, dar cumprimento aos §§ 1.º e 3.º do art. 36 da Constituição Federal.

Dentro do prazo de 10 dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, a parte dispositiva será publicada em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União*.

Por se tratar de **"requisição"**, e não mera solicitação, o Presidente da República não poderá descumprir a **ordem mandamental**, sob pena de cometimento tanto de crime comum como de responsabilidade, devendo, então, decretar a intervenção (por nós denominada, nesta agora *fase 2* — *vide* quadro *supra*, *item 6.7.4.1* —, **intervenção branda**).

O Presidente da República, nos termos do art. 36, § 3.º, por meio de **decreto**, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado. Caso essa medida não seja suficiente para o restabelecimento da normalidade, aí, sim, o **Presidente da República decretará** a intervenção federal (*fase 3* — **intervenção efetiva**), executando-a com a nomeação de interventor e afastando as autoridades responsáveis de seus cargos (art. 84, X, da CF/88).

De acordo com o § 4.º do art. 36, cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo por impedimento legal.

Finalmente, cabe alertar que a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da representação interventiva é:

- **irrecorrível;**
- **insuscetível de impugnação por ação rescisória.**

6.7.4.2.6. Medida liminar (IF)

Barroso chegou a sustentar que "a natureza e a finalidade da ação direta interventiva **não são compatíveis com a possibilidade de concessão de medida**

liminar. Não há como antecipar qualquer tipo de efeito, como a eventual suspensão do ato impugnado, uma vez que a própria decisão de mérito tem como consequência apenas a determinação de que o Chefe do Executivo execute a intervenção".[195]

Cabe lembrar, contudo, que o art. 2.º da Lei n. 5.778/72, que regula o processo da *representação interventiva estadual*, estabelece que o relator da representação poderá, a requerimento do chefe do Ministério Público estadual e mediante despacho fundamentado, **suspender liminarmente o ato impugnado**.

Anteriormente, o *art. 5.º da Lei n. 4.337/64* previa um *procedimento abreviado* para a análise do pedido.

Finalmente, o *art. 5.º da Lei n. 12.562/2011* **admitiu expressamente o cabimento de medida liminar na representação interventiva**, mas somente por decisão da **maioria absoluta** dos Ministros.

Parece que a não previsão de concessão de medida liminar pelo Relator ou pelo Ministro Presidente do STF (diferente das outras ações de controle) vai ao encontro da preocupação lançada por Barroso e da gravidade dos efeitos da decisão em relação à Federação.

Para concessão da liminar, o relator **poderá** ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o AGU ou o PGR, no prazo comum de 5 dias.

A liminar poderá consistir na determinação de que se **suspenda** o **andamento de processo** ou **os efeitos de decisões judiciais** ou **administrativas** ou **de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da representação interventiva**.

Apesar de precedentes anteriores ao texto de 1988 concedendo liminares, a partir da vigência da CF/88 não tivemos nenhum caso (e são poucos) que deferiram pedido de liminar.

■ 6.7.4.2.7. Representação interventiva no caso de recusa à execução de lei federal

O art. 36, III, estabelece o cabimento de **representação interventiva** perante o **STF**, a ser ajuizada pelo **PGR**, no caso de **recusa à execução de lei federal** por parte de Estado-Membro ou do Distrito Federal (art. 34, VI, 1.ª parte).

Gilmar Mendes prefere falar em "**recusa à execução do direito federal**",[196] o que entendemos também mais adequado.

Lembramos que, originalmente, o texto de 1988 falava em competência do STJ, equívoco este corrigido pela *Reforma do Judiciário* (EC n. 45/2004),

que, acertadamente, deixou claro ser competência do **STF**, até porque, no fundo, o que se tem é um conflito entre a União e o Estado ou a União e o DF (que descumprem ou não aplicam o direito federal), incidindo-se, assim, a regra do **art. 102, I, "f"**, CF/88, e, portanto, a competência do STF.

O procedimento está previsto, igualmente, na **Lei n. 12.562/2011**, e tudo o que se falou acima se aplica à hipótese.

A doutrina tem se limitado a tratar como ADI Interventiva (admitindo-se essa nomenclatura ainda como adequada) a hipótese do art. 34, VII (violação aos princípios sensíveis), e, assim, remetemos o nosso ilustre leitor para a temática da *intervenção federal estudada no capítulo 7* (*item 7.12*).

■ 6.7.4.3. Representação interventiva estadual (ADI interventiva estadual)

O processo da **representação interventiva estadual** está regulamentado na **Lei n. 5.778/72**, que, em seu art. 1.º, *caput*, estabelece que o processo e o julgamento das representações interventivas estaduais em Municípios regulam-se, no que for aplicável, pela **Lei n. 4.337/64**, excetuado o seu art. 6.º (que tinha a seguinte redação: "*só caberão embargos, que se processarão na forma da legislação em vigor, quando, na decisão, forem 3 (três) ou mais os votos divergentes*").

Alertamos, contudo, que, com o advento da **Lei n. 12.562/2011**, que tratou toda a matéria, entendemos que a Lei n. 4.337/64 foi totalmente revogada e, assim, o procedimento deverá observar, no que couber, as novas regras introduzidas pela referida Lei n. 12.562/2011.

O art. 35, IV, da CF/88, por sua vez, estabelece que a intervenção estadual, a ser decretada pelo **Governador de Estado**, dependerá de provimento pelo **TJ local** de representação para assegurar a observância de princípios indicados na CE, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial. As regras vêm previstas nas Constituições estaduais e nos regimentos internos dos tribunais locais, devendo, em essência, por simetria, seguir o modelo federal, de acordo com o seguinte quadro:

AD
INTERV
FEDE

	F
OBJETO	■ Lei ou normativ omissão, governar **estadua** **distritais** desrespe **princípio** **sensívei** previstos 34, VII, " **CF/88**
COMPETÊNCIA	■ **STF** — originária

LEGITIMADO ATIVO	■ **PGR** – do Minist Público c (art. 129 CF/88)
LEGITIMADO PASSIVO	■ Ente fe (**Estado** no qual s verifica a violação princípio da **CF/88** devendo solicitada informaç autoridac aos órgã

	estadua **distritais** responsá pela viola princípios sensíveis
PROCEDIMENTO	■ Propos ação pel **Procura** **Geral da** **Républic** **STF**, qua lei ou o a normativ natureza **estadua** **distrital**)

omissão,
governar
contraria
princípios
sensíveis
buscar-s
solução
administr

■ Não se
caso, ne
arquivam
serão so
informaç
autoridac
estadua
distritais
responsá

ouvido o
sendo, e
pedido re
levado a
julgamen

- Julgado
proceden
pedido (d
do art. 9
maioria
absoluta)
Presiden
STF
imediatam
comunica
decisão a
órgãos d

Público
interessa
requisitar
intervenç
Presiden
Repúblic
por se tr
“requisiçã
não mera
solicitaçã
poderá
descump
ordem
mandame
sob pena
cometime
tanto de

	comum c responsa inaugurar assim, a do proce
	Fase 2 -
DECRETO DO EXECUTIVO	■ O **Pres da Repú** nos term art. 36, § meio de limitar-se suspende execuçã impugna esta med bastar pa

	restabele da norma ■ Nessa **não** have **controle** por parte **Congres** **Naciona**
	Fase 3
DECRETO DO EXECUTIVO E CONTROLE POLÍTICO	■ Caso a de mera suspensã seja sufic para o restabele

da norma
aí, sim, o
Presiden
Repúblic
decretara
efetiva
intervenç
Estado o
DF, exec
a com a
nomeaçã
intervento
for o cas
afastand
autoridad
responsá
seus car

84, X, da

- Cessa
motivos
interven
autorida
afastada
seus car
estes vol
salvo
impedim
legal

6.7.5. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

6.7.5.1. Conceito (ADC)

A **ação declaratória de constitucionalidade** foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993 (*DOU* de 18.03.1993), com a alteração da redação do art. 102, I, "a", e acréscimo do § 2.º ao art. 102, bem como do § 4.º ao art. 103, tendo sido regulamentado o seu processo e julgamento pela Lei n. 9.868/99.

Busca-se por meio dessa ação declarar a constitucionalidade **de lei ou ato normativo federal**. Indaga-se: mas toda lei não se presume constitucional? Sim, no entanto, o que existe é uma presunção relativa (*juris tantum*) de toda lei ser constitucional. Em se tratando de presunção relativa, admite-se prova em contrário, declarando-se, quando necessário, através dos mecanismos da ADI genérica ou do controle difuso, a inconstitucionalidade da lei ou ato

normativo.

Pois bem, qual seria, então, a utilidade dessa ação? O objetivo da ADC é transformar uma presunção **relativa** de constitucionalidade em **absoluta** (*jure et de jure*), não mais se admitindo prova em contrário. Ou seja, julgada procedente a ADC, tal decisão vinculará os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, que não mais poderão declarar a inconstitucionalidade da aludida lei, ou agir em desconformidade com a decisão do STF. Não estaremos mais, repita-se, diante de uma presunção relativa de constitucionalidade da lei, mas **absoluta**.

Em síntese, a ADC busca afastar o nefasto quadro de insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade ou aplicação de lei ou ato normativo federal, preservando a ordem jurídica constitucional.

6.7.5.2. Objeto (ADC)

O objeto da referida ação é **lei ou ato normativo federal**. Frise-se: somente lei ou ato normativo federal, diferentemente do que ocorre com a ADI genérica, cujo objeto engloba, também, a lei ou ato normativo estadual (cf. art. 102, § 2.º).

6.7.5.3. Competência (ADC)

O órgão competente para apreciar a ADC é o **STF**, conforme estabelece o art. 102, I, "a", da CF/88, de forma originária.

6.7.5.4. Legitimidade (ADC)

Antes da EC n. 45/2004, os legitimados para a propositura da referida ação eram apenas quatro, de acordo com o art. 103, § 4.º, da CF/88, quais sejam: *a*) Presidente da República; *b*) Mesa do Senado Federal; *c*) Mesa da Câmara dos Deputados; *d*) Procurador-Geral da República.

Com a revogação do § 4.º e a nova redação do *caput* do art. 103, pela aludida emenda, os legitimados para a propositura da ADC passaram a ser os **mesmos da ADI genérica** (*vide* *item 6.7.1.14*).

6.7.5.5. Procedimento (ADC)

O procedimento na ADC é praticamente o mesmo seguido na ADI genérica, com algumas observações a serem feitas.

Não existe lógica em determinar a citação do Advogado-Geral da União na medida em que inexiste ato ou texto impugnado, já que se afirma a constitucionalidade na inicial.

Nesse ponto, gostaríamos de abrir uma discussão: em sendo ADI e ADC ações dúplices ou ambivalentes, ações com sinais trocados, em caso de indeferimento do pedido na ADC, os efeitos, se assim decidido pelo STF, seriam os mesmos da hipótese de deferimento da ADI, qual seja, a **inconstitucionalidade da lei**. Por esse motivo, parece razoável afirmar que o AGU tenha de ser sempre citado na ADC para não se desrespeitar o art. 103, § 3.º **(matéria pendente)**.

O Procurador-Geral da República, por força do art. 103, § 1.º, da CF/88, deverá ser previamente ouvido, emitindo o seu parecer.

Um requisito intrínseco à inicial, conforme vem relatando o STF, necessário para o conhecimento e análise do mérito, seria a demonstração da "*controvérsia judicial que põe risco à presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame... permitindo à Corte o conhecimento das alegações em favor da constitucionalidade e contra ela, e do modo como estão sendo decididas num ou noutro sentido*".[197]

Outro requisito, também exposto pelo Ministro relator Moreira Alves na

ADC citada, seria, quando alegado **vício formal de inconstitucionalidade**, a necessária juntada aos autos de cópia dos documentos relativos ao processo legislativo de formação da lei ou ato normativo federal.

Esses dois requisitos que o STF vinha exigindo jurisprudencialmente foram expressamente previstos na Lei n. 9.868, de 10.11.1999, que, em seu art. 14, estabelece que a petição inicial indicará: *a*) o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; *b*) o pedido, com suas especificações; *c*) a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Diz ainda que a petição inicial deverá conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.

A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão **liminarmente indeferidas** pelo relator, cabendo **agravo** dessa decisão (art. 15 da Lei).

Após a indispensável manifestação do PGR, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

Convém notar, seguindo a linha procedimental adotada na ADI, que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Pode, ainda, o relator solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

De acordo com a Lei, as informações, perícias e audiências serão realizadas no prazo de **30 dias**, contado da solicitação do relator.

As regras sobre votação e *quorum* são as mesmas expostas na ADI genérica, quais sejam, desde que presente o *quorum* de instalação da sessão de julgamento de **8 Ministros**, a declaração de constitucionalidade dar-se-á pelo *quorum* da **maioria absoluta dos 11 Ministros do STF, qual seja, pelo menos 6 deverão posicionar-se favoráveis à procedência da ação**.

Por fim, é **vedada a intervenção de terceiros** (muito embora, conforme visto no *item 6.7.1.16.2*, cabível ***amicus curiae***) e a **desistência** da ação após a sua propositura. A decisão é **irrecorrível**, ressalvada a interposição de **embargos declaratórios, não podendo ser objeto de ação rescisória**.

6.7.5.6. Efeitos da decisão (ADC)

O art. 102, § 2.º, criado pela EC n. 3/93, estabelece que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo **STF**, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo **federal**, produzirão **eficácia contra todos** e **efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Assim, podemos sistematizar os efeitos como sendo:

- ***erga omnes*** **(eficácia contra todos);**
- ***ex tunc;***
- **vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital.**

6.7.5.7. Medida cautelar (ADC)

Inovação trazida pelo Projeto de Lei n. 2.960/97 (PL n. 10/99, no Senado Federal), que originou a Lei n. 9.868/99, tão comentada nesta parte do trabalho, foi a admissão de medida cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Nesse sentido, o art. 21 estabelece que o STF, por decisão da **maioria absoluta** de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os tribunais **suspendam** o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Essa suspensão perdurará apenas por 180 dias contados da publicação da parte dispositiva da decisão no *DOU*, prazo esse definido pela Lei para que o tribunal julgue a ação declaratória. Findo tal prazo, sem julgamento, cessará a eficácia da medida cautelar.

Malgrado posicionamento minoritário em contrário,[198] o STF, por votação majoritária, apreciando preliminar suscitada pelo Ministro *Sydney Sanches*, quanto ao cabimento ou não de liminar em ação declaratória, no julgamento da **ADC (MC) 4**, pacificou o entendimento segundo o qual é perfeitamente possível a atribuição de **efeito vinculante** e ***erga omnes*** em sede de liminar (decisão não definitiva de mérito) na ADC, tendo em vista o **poder geral de cautela** da Corte, podendo suas decisões ser preservadas pelo instrumento da **reclamação** (CF, art. 102, I, "l").[199]

Finalmente, na hipótese de indeferimento de cautelar, em razão do efeito ambivalente da ação, referida decisão significaria o mesmo que a procedência da ADI (ações dúplices ou ambivalentes). Assim, se no dispositivo da decisão se manifestar a Corte, respeitando os requisitos legais, parece-nos que se poderia estabelecer o efeito vinculante e *erga omnes* em

relação a essa decisão que equivaleria à concessão da cautelar em ADI.

■ 6.8. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS-MEMBROS

■ 6.8.1. Regras gerais

Nos termos do art. 125, § 2.º, da CF/88, cabe aos Estados a instituição de **representação de inconstitucionalidade** de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Nesse sentido, o constituinte consagrou o controle abstrato de constitucionalidade estadual, fixando regras claras:

- ■ somente leis ou atos normativos **estaduais** ou **municipais** poderão ser objeto de controle;
- ■ apesar de não fixar os legitimados, **vedou** a atribuição da legitimação para agir a um único órgão;
- ■ o órgão competente para o julgamento da ação pela via principal será, exclusivamente, o **TJ local**.

Pelo princípio da simetria, muito embora o art. 125, § 2.º, tenha fixado somente a possibilidade de instituição de **representação de inconstitucionalidade** (que corresponderia à ADI), parece-nos perfeitamente possível que, desde que respeitadas as regras da CF/88, se implementem os demais meios de controle,[200] especialmente a ADO para combater a inércia do Legislativo estadual.

■ 6.8.2. Objeto

Nos termos do art. 125, § 2.º, da CF/88, o controle abstrato estadual terá por objeto **exclusivamente** leis ou atos normativos **estaduais** ou **municipais**.

Assim, pode-se afirmar que o TJ local nunca julgará, em controle concentrado e abstrato, lei federal. Ou, em outras palavras, as leis federais só poderão ser objeto de controle abstrato perante o STF. Ou, ainda, o STF não julgará em ADI lei municipal perante a CF (só por meio de ADPF, como visto, ou, excepcionalmente, nas hipóteses de RE de normas de reprodução obrigatória, conforme desenvolvido no *item 6.8.6*).

■ 6.8.3. Competência

Conforme visto no art. 125, § 2.º, somente o TJ local será o órgão competente para, exercendo competência originária, julgar o controle de constitucionalidade abstrato estadual.

6.8.4. Legitimados

A regra constitucional não especificou os legitimados. Apenas proibiu a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Assim, cabe às Constituições Estaduais a delimitação da regra, e, nesse sentido, como se trata de manifestação do *poder constituinte derivado decorrente*, deve-se respeitar, pela simetria, o art. 103 da CF/88, consoante o quadro abaixo:

ART. 103 — CF/88 — LEGITIMADOS PARA O CONTROLE CONCENTRADO PERANTE O STF	ART. 125 — CF/8 LEGITIMA PARA CONTR CONCENT PERANTE LOCAL “PRINCÍP SIMETR

■ Presidente da República	■ Governa Estado
■ Mesa do Senado Federal ■ Mesa da Câmara dos Deputados	■ Mesa de Assemble Legislativa
■ Procurador-Geral da República	■ Procura Geral de
■ Conselho Federal da OAB	■ Conselh Seccional OAB
■ Partido político	■ Partido

com representação no Congresso Nacional	com representa na Assem Legislativ
■ Confederação sindical ■ Entidade de classe de âmbito nacional	■ Federaç sindical ■ Entidad classe de estadual

A pergunta que surge é se poderia a Constituição Estadual ampliar para **Deputados Estaduais, Procurador-Geral do Estado** ou do **Município, Defensor Público-Geral do Estado**, ou ainda por **iniciativa popular** (ação popular — *Popularklage*), legitimados que não guardam simetria com o art. 103 (que não fixou legitimação para Deputado Federal ou Senador, ou para o AGU ou Procurador da Fazenda, ou Defensor Público Geral da União etc.).

Entendemos que **sim**, até porque tal previsão prestigiaria a intenção do constituinte de 1988, que foi no sentido de ampliar o rol de legitimados para a propositura de ADI.

O STF já se manifestou em relação aos Deputados Estaduais: "Legitimação ativa de Deputado Estadual para propor ação direta de inconstitucionalidade de normas locais em face da Constituição do Estado, à vista do art. 125, § 2.º, da Constituição Federal. Precedente: **ADI 558-9-MC**, Pertence, *DJ* 26.03.93" (**RE 261.677**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.04.2006, *DJ* de 15.09.2006).

Outrossim, no precedente citado, em julgamento de medida cautelar (o

mérito não foi julgado), o STF entendeu como **constitucional** o art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com o seguinte teor: "Art. 162. A representação de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta pelo **Governador do Estado**, pela **Mesa**, por **Comissão Permanente** ou pelos **membros da Assembleia Legislativa**, pelo **Procurador-Geral da Justiça**, pelo **Procurador-Geral do Estado**, pelo **Procurador-Geral da Defensoria Pública, Defensor Público Geral do Estado**, por **Prefeito Municipal**, por **Mesa de Câmara de Vereadores**, pelo **Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil**, por **partido político com representação na Assembleia Legislativa** ou em **Câmara de Vereadores**, e por **federação sindical** ou **entidade de classe de âmbito estadual**".

Assim, ampliar o parâmetro do art. 103 parece perfeitamente possível. E restringir, seria possível?

Cumprindo a literalidade da regra do art. 125, § 2.º, deverá ser observada a proibição de se estabelecer a legitimação para agir a um único órgão. Contudo, entendemos conveniente que se faça, ao menos, uma **simetria estrita**, apesar de o tema ainda não ter sido decidido pelo STF.

■ 6.8.5. Parâmetro de controle

6.8.5.1. Regras gerais

CONTROLE CONCENTRADO POR MEIO DE ADI GENÉRICA			
STF (ADI)		TJ (ADI)	
objeto: lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital de natureza estadual		**objeto:** lei ou ato normativo estadual ou municipal e, no âmbito do DF, lei ou ato normativo distrital de natureza estadual ou municipal	
Lei Municipal ou Lei Distrital de natureza Municipal	**Regra:** o STF não é intérprete originário de lei municipal ou distrital de natureza municipal por meio de ADI	Lei Federal	**Regra:** o TJ não é intérprete originário de lei federal por meio de ADI estadual ou distrital
parâmetro: CF		**parâmetro:** CE ou, perante o DF, Lei Orgânica do DF	
CE ou Lei Orgânica do DF	**Regra:** a CE ou a Lei Orgânica do DF não podem ser parâmetro de controle para o ajuizamento de ADI originária, já que o STF é o intérprete final da CF	CF	**Regra:** a CF não pode ser parâmetro de controle para o ajuizamento de ADI originária, já que o TJ é o intérprete final da CE ou, no âmbito distrital, da Lei Orgânica do DF

Conforme estudado e sempre tendo em vista a regra fixada no art. 125, § 2.º, o controle abstrato estadual por meio de ADI só poderá apreciar lei ou ato normativo **estadual** ou **municipal** que forem confrontados perante a **Constituição Estadual**, ou lei ou ato normativo distrital perante a Lei Orgânica do DF.

Assim, o **TJ** só realiza controle abstrato tendo como parâmetro a **CE**, não podendo ter como parâmetro (controle concentrado e abstrato) a CF e, no caso do DF, tendo por parâmetro a Lei Orgânica do DF.[201]

Por sua vez, o **STF** só realiza controle concentrado e abstrato, por meio da ADI genérica, tendo como parâmetro a **CF**, não podendo ter como paradigma de confronto a CE ou a Lei Orgânica do DF, já que o STF é intérprete final da CF.

Em relação ao objeto, o **TJ** só apreciará lei **municipal** ou **estadual** (aplicando-se, naturalmente, a regra para o DF, que acumula tanto a competência municipal como a estadual), enquanto o **STF**, apenas lei **federal** ou **estadual** (ou distrital de caráter estadual).

O TJ, então, **não** poderá realizar controle concentrado de lei federal, por meio de ADI genérica, seja em face da CE, seja em face da CF.

Em igual sentido, o STF **não** poderá analisar, por meio da ADI genérica, a lei municipal em face da CE (ou lei distrital, perante a Lei Orgânica do DF), mas somente e excepcionalmente a lei municipal (ou distrital de natureza municipal) perante a CF, mas pela **ADPF**.

Vejam que estamos nos referindo ao controle concentrado e em abstrato por meio da ADI genérica. Isso porque, em se tratando de controle difuso, seria perfeitamente possível que o TJ (art. 97 — cláusula de reserva de plenário), pelo Pleno ou Órgão Especial, de maneira incidental, apreciasse a constitucionalidade de lei federal perante a CF. Mas, percebam, somente no controle difuso.

■ 6.8.5.2. A parametricidade das cláusulas constitucionais estaduais, de caráter remissivo, para fins de controle concentrado, no âmbito do TJ local

Conforme visto, para a definição de competência no julgamento, duas questões deverão ser observadas, quais sejam, o objeto da ação e o parâmetro, pauta de referência ou paradigma de confronto.

Isso quer dizer que uma lei ou ato normativo é inconstitucional por violar um parâmetro, que pode ser, conforme visto, tanto a CF como a CE ou a Lei Orgânica do DF.

Pois bem, o STF chegou a analisar se o controle em âmbito estadual poderia ter por paradigma de confronto regra contida na Constituição de determinado Estado, que simplesmente remete e reproduz regra idêntica contida na CF.

Celso de Mello, com precisão, observa ser perfeitamente possível se "... se **invocar**, como **referência paradigmática**, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, **cláusula de caráter remissivo**, que, inscrita na Constituição Estadual, **remete**, diretamente, às **regras normativas constantes da própria Constituição Federal**, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida **técnica de remissão**, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro".

E completa: "com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o 'corpus' constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como **parâmetro** de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2.º, da Constituição da República, a **própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo**" (Rcl 10.500, j. 18.10.2010, cf. *Inf. 606/STF*).[202]

6.8.5.3. Simultaneus processus

E as **leis estaduais?**

As leis **estaduais**, em se tratando de controle concentrado pela via em abstrato, sofrem **dupla fiscalização**, tanto por meio de ADI no TJ e tendo como parâmetro a CE como perante o STF e tendo como parâmetro a CF.

Isso significa que a mesma lei estadual poderá ser objeto de controle concentrado no TJ e no STF. Se isso acontecer, estaremos diante do fenômeno da **simultaneidade de ações diretas de inconstitucionalidade**, também denominado *simultaneus processus*.

Nessa situação, em sendo o mesmo objeto (vale dizer, a mesma lei estadual), assim como o parâmetro estadual de confronto, norma de reprodução obrigatória prevista na Constituição Federal, o controle estadual deverá ficar **suspenso** (em razão da causa de **suspensão prejudicial** do referido processo), aguardando o resultado do controle federal, já que o STF é o intérprete máximo da Constituição. Confira:

> "EMENTA: Ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade tanto perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, 'a') quanto perante Tribunal de Justiça Local (CF, art. 125, § 2.º). Processos de fiscalização concentrada nos quais se impugna o **mesmo diploma normativo** emanado de Estado-membro, não obstante contestado, perante o Tribunal de Justiça, em face de princípios, que, inscritos na carta política local, revelam-se impregnados de predominante coeficiente de federalidade (*RTJ* 147/404 — *RTJ* 152/371-373). Ocorrência de **'simultaneus processus'**. Hipótese de **suspensão prejudicial** do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local. Necessidade de se aguardar, em tal caso, a conclusão, pelo Supremo Tribunal Federal, do julgamento da Ação Direta. Doutrina. Precedentes (STF)".

Nesse sentido, continua o Min. Celso de Mello, "a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata, perante o Supremo Tribunal Federal, em que se postule a invalidação de legislação editada por Estado-membro, questionada em face da Constituição da República (CF, art. 102, I, *a*), qualifica-se como causa de suspensão prejudicial do processo de controle concentrado de constitucionalidade, que, promovido perante o Tribunal de Justiça local (CF, art. 125, § 2.º), tenha, por objeto de impugnação, os **mesmos atos normativos emanados do Estado-membro**, contestados, porém, em face da Constituição Estadual (...). Tal entendimento, no entanto, há de ser observado sempre que tal impugnação — deduzida perante a Corte Judiciária local — invocar, como **parâmetro de controle, princípios inscritos na Carta Política local impregnados de predominante coeficiente de federalidade, tal**

como ocorre com os postulados de reprodução necessária constantes da própria Constituição da República (*RTJ* 147/404 — *RTJ* 152/371-373, *v.g.*)" (**ADI 4138**, j. 11.12.2009, cf. *Inf. 573/STF*).

Verificado o fenômeno do *simultaneus processus*, as seguintes hipóteses poderão surgir a partir da decisão a ser proferida pelo STF:

- **STF declara inconstitucional a lei estadual perante a CF** — a ADI estadual perderá o seu objeto, não produzindo a lei mais efeitos no referido Estado;[203]
- **STF declara constitucional a lei estadual perante a CF** — o TJ poderá prosseguir o julgamento da ADI da lei estadual diante da CE, pois, perante a Constituição Estadual, a referida lei poderá ser incompatível (mas, naturalmente, **desde que seja por fundamento diverso**).

Vamos imaginar agora que a ação seja proposta perante o TJ estadual e que este julgue a ação que transita em julgado. Poderá no futuro a mesma lei ser examinada em controle abstrato perante o STF e tendo como parâmetro a CF? Duas são as hipóteses:

- **TJ declara previamente a lei estadual constitucional** — naturalmente, para esta hipótese, não se tratará de simultaneidade. Assim, em sendo no futuro ajuizada a ADI perante o STF, tendo por objeto a mesma lei estadual, o STF poderá reconhecê-la como **inconstitucional** diante da CF. Como o STF é o intérprete máximo da constitucionalidade das leis e o responsável por apontar a *força normativa* da Constituição, a nova decisão do STF prevalecerá inclusive sobre a coisa julgada estadual;
- **TJ declara previamente a lei estadual inconstitucional** — entendemos que não haveria mais sentido falar em controle perante o STF, já que a lei estadual foi retirada do ordenamento jurídico.

■ 6.8.6. A utilização do recurso extraordinário no controle concentrado e em abstrato estadual

De modo geral, da decisão do TJ local em controle abstrato (ADI) de lei **estadual** ou **municipal** diante da CE **não** cabe recurso para o STF, já que o STF é o intérprete máximo de lei (federal, estadual ou distrital de natureza estadual) perante a CF, e não perante a CE.

Contudo, excepcionalmente, pode surgir situação em que o parâmetro da CE nada mais seja que uma **norma de observância obrigatória** ou **compulsória pelos Estados-membros** (norma de **reprodução obrigatória**).

Nesse caso, se a lei **estadual**, ou mesmo a **municipal**, viola a CE, no fundo, pode ser que ela esteja, também, violando a CF. Como o TJ não tem

essa atribuição de análise, buscando evitar a situação de o TJ usurpar competência do STF (o intérprete máximo da Constituição), abre-se a possibilidade de se interpor **recurso extraordinário** contra o acórdão do TJ em controle abstrato estadual para que o STF diga, então, qual a interpretação da lei **estadual** ou **municipal** perante a **CF**.

Trata-se, assim, de utilização de recurso típico do controle difuso (pela via incidental) no controle concentrado e em abstrato estadual.

O recurso extraordinário será um simples mecanismo de se levar ao STF a análise da matéria. Assim, a decisão do STF nesse específico recurso extraordinário produzirá os mesmos efeitos da ADI, ou seja, por regra, *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, podendo o STF, naturalmente, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, modular os efeitos da decisão. Portanto, não se aplicará a regra do art. 52, X, não tendo o Senado Federal qualquer participação.

Assim, **e tomem cuidado com essa constatação**, surgirá a possibilidade de o STF analisar a constitucionalidade de lei municipal perante a CF e com efeitos *erga omnes*, se na análise inicial do controle abstrato estadual a lei municipal foi confrontada em relação à norma da CE de reprodução obrigatória e compulsória da CF.

Nesse sentido, confiram os julgados:

> "Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante **Tribunal de Justiça** na qual se impugna **Lei municipal** sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que **reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados**. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de **recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta**" (**Rcl 383**, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11.06.1992, *DJ* de 21.05.1993).

> "... o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Moreira Alves, entendeu que a decisão tomada em **recurso extraordinário** interposto contra acórdão de Tribunal de Justiça em representação de inconstitucionalidade de **lei municipal frente à Constituição Estadual** (CF, art. 125, § 2.º) tem eficácia *erga omnes*, por se tratar de controle concentrado **ainda que a via do recurso extraordinário seja própria do controle difuso**, eficácia essa que se estende a todo o território nacional" (**RE 187.142-RJ**, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.08.1998, *Inf. 118/STF*).

Dentre outros exemplos, destacamos, ainda, o **RE 199.281** e a **ADI 1.268**.

■ 6.9. QUADRO COMPARATIVO DO SISTEMA JURISDICIONAL MISTO DE CONTROLE POSTERIOR OU REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

	OBJ
Controle difuso — atos normativos	■ Qualqu ato de in caráter n contrário Constitui exceção — declar inconstitu *incidente*

Controle difuso — omissões — mandado de	■ Falta d regulame artigo da

injunção individual ou coletivo (vide capítulo sobre remédios constitucionais)	Constituiç **eficácia** prescreve direitos, l constituci prerrogat inerentes nacionalid soberania cidadania

ADI genérica (controle concentrado no STF)	■ Lei ou a normativo **estadual distrital** (estadual) contestac face da C de ação, abstrato,

Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)	■ Evitar lesão a fundame resultant Poder P quando f relevante fundame contrové constituc lei ou ato

federal, e
municipal
incluídos
anteriores
Constituiç

ADI por omissão (ADO)	■ Falta d regulame artigo da Constituiç **eficácia**

Representação Interventiva (ADI Interventiva)	■ Lei ou a normativo administr

concreto,
omissões
ou distrita
violam pr
sensíveis

- A hipót
recusa, p
de Estad
ou do DF
execuçãc
federal va
estudada
7.12.1

ADC	■ Lei ou a normativo

■ 6.10. QUESTÕES

6.10.1. Conceitos gerais

1. (OAB/113.º) O Presidente da República expede Decreto com o fim de regulamentar determinada lei federal. No entanto, o Decreto acaba por criar determinada obrigação não prevista na lei regulamentada. Em tal hipótese, o Congresso Nacional:

a) poderia revogar todo o Decreto, por meio de Resolução;
b) poderia revogar a parte do Decreto que criou a obrigação não prevista na lei, por meio de Resolução;
c) poderia sustar a parte do Decreto que criou a obrigação não prevista na lei, por meio de Decreto Legislativo;
d) nada poderia fazer em relação ao Decreto, em respeito ao princípio da separação de poderes.

Resposta: "c". Trata-se de controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Legislativo (CN), exceção à regra geral do controle de constitucionalidade jurisdicional misto (difuso e concentrado), pelo qual o controle é exercido por órgão do Poder Judiciário.

2. (OAB/107.º) Quando da promulgação de uma nova Constituição, diz-se que a legislação ordinária compatível perde o suporte de validade da Constituição antiga, mas continua válida pela teoria:

a) da repristinação;
b) da desconstitucionalização;
c) da recepção;
d) do poder constituinte subordinado.

Resposta: "c". Em igual sentido, cf. exame 119.º da OAB.

3. (OAB/113.º) Quando se diz caber a todos os componentes do Poder Judiciário o exercício do controle da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, está se falando em:

a) controle constitucional difuso, por via de ação;
b) jurisdição constitucional concentrada, por via de exceção;
c) jurisdição constitucional difusa, por via de exceção;
d) controle constitucional concentrado, por via de ação.

Resposta: "c".

4. (OAB/109.º) Parecer normativo da Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República:

a) pode ser objeto de impugnação mediante ação direta de inconstitucionalidade;
b) não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, porque tem natureza administrativa;
c) só pode ser objeto de controle de legalidade, não de constitucionalidade;

d) só pode ser impugnado em controle difuso de constitucionalidade.

Resposta: “a”. A ementa esclarece o assunto: “Como o parecer da Consultoria-Geral da República (SR n. 70, de 6.10.88, *DO* de 7.10.88), aprovado pelo Presidente da República, assumiu caráter normativo, por força dos arts. 22, § 2.º, e 23 do Decreto n. 92.889, de 7.7.86, e, ademais, foi seguido de circular do Banco Central, para o cumprimento da legislação anterior à Constituição de 1988 (e não do § 3.º do art. 192 desta última), pode ele (o parecer normativo) sofrer impugnação, mediante ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de ato normativo federal (art. 102, I, a, da CF)” (ADI 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ de* 25.06.1993, p. 12637, *Ement*. v. 01709-01, p. 00001; Julgamento: 07.03.1991, Tribunal Pleno). Apesar de ser outro assunto discutido nessa questão, como a *ementa* fala no art. 192, § 3.º, convém lembrar o candidato estudioso que referido parágrafo foi expressamente revogado pela EC n. 40/2003!

5. (OAB/112.º) A Ação Declaratória de Constitucionalidade, proposta pela Mesa do Senado e que tenha por objeto Decreto do Presidente da República regulamentando lei federal, a priori:

a) deve ser julgada procedente, pois não apresenta nenhum vício de ordem processual;
b) deve ser julgada procedente, pois, mesmo diante de eventual afronta à Constituição Federal, o julgamento improcedente implicaria declaração de inconstitucionalidade do ato, o que não é possível nessa espécie de ação que tem por finalidade a declaração da constitucionalidade da norma;
c) não deve ser conhecida, pois o Presidente do Senado, e não a Mesa, é legitimado para propor a ação;
d) não deve ser conhecida, porquanto se está diante de questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

Resposta: “d”. Em regra, todo decreto presidencial, como visto na parte teórica, por regulamentar lei, sofre controle de legalidade e não de constitucionalidade, salvo se, em situações excepcionais, estivermos diante de decreto autônomo. Trata-se daquilo que o STF chamou de crise de legalidade, caracterizada pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapando das balizas previstas na Constituição Federal.

6. (PROC/MP/MG/2007) Considere as seguintes ações:

I. Ação de competência do Supremo Tribunal Federal destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei federal ou estadual, sem outro objetivo, senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical. Visa, exclusivamente, a defesa do princípio da supremacia constitucional.
II. Ação, que pode ser federal, por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República, e de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a

promover a intervenção federal em Estado da federação.

III. Ação cujo pressuposto é a controvérsia a respeito da constitucionalidade da lei, tendo como finalidade imediata a rápida solução dessas pendências, e como objeto a verificação da constitucionalidade de um ato normativo federal impugnado em processos concretos.

Essas situações dizem respeito, respectivamente, às ações

a) direta de inconstitucionalidade genérica, direta de inconstitucionalidade interventiva, e direta de inconstitucionalidade específica;

b) direta de inconstitucionalidade não interventiva, direta de inconstitucionalidade específica, e direta de inconstitucionalidade genérica;

c) declaratória de constitucionalidade, direta de inconstitucionalidade interventiva, e direta de inconstitucionalidade genérica;

d) declaratória de constitucionalidade, direta de inconstitucionalidade genérica, e direta de inconstitucionalidade não interventiva;

e) direta de inconstitucionalidade genérica, direta de inconstitucionalidade interventiva, e declaratória de constitucionalidade.

Resposta: "e".

7. (CESPE/UnB — STF/Analista Judiciário — Área: Judiciária/2008) O presidente da República promulgou simultaneamente três leis. A Lei X, de autoria parlamentar, tinha por objeto a aprovação do plano de cargos e salários dos servidores da justiça federal de primeira e segunda instâncias, com vistas a suprir necessidade nos tribunais regionais federais. A Lei Y, que é a lei orçamentária anual, para o exercício de 2008. E a Lei W, de iniciativa do presidente da República, que cria uma rádio pública. Ocorre que a Lei W foi aprovada, pela Câmara dos Deputados, com a votação favorável de 200 deputados, sendo que, desses, pelo menos, 80 teriam recebido vantagens econômicas para votar pela aprovação dessa lei. Com base na situação hipotética apresentada, julgue os itens a seguir, a respeito do controle de constitucionalidade e do processo legislativo.

A Lei Y /possui, de acordo com a doutrina, o chamado vício de decoro parlamentar, o que geraria a sua inconstitucionalidade.

Resposta: "certa". Sinceramente, ficamos muito honrados com esta questão, na medida em que demonstra que a importante instituição do CESPE/UnB adotou a nossa classificação de vício de decoro parlamentar (cf. *item 6.3.4*). Referido item, ao final, foi anulado em decorrência do uso equivocado da letra "Y" no lugar da letra "W", o que prejudicou o julgamento objetivo da assertiva. De qualquer maneira, de fato, diante da nossa proposta, não há dúvida que a Lei "W" padece de *vício de decoro parlamentar*.

8. (AGU — CESPE/2010) Julgue os itens subsequentes, relativos ao

poder constituinte e ao controle de constitucionalidade no Brasil.

De acordo com entendimento do STF, o controle jurisdicional prévio ou preventivo de constitucionalidade sobre projeto de lei ainda em trâmite somente pode ocorrer de modo incidental, na via de exceção ou defesa.

Resposta: "certo".

9. (Analista Processual MPU — CESPE/2010) O Estado brasileiro, como estado democrático de direito, apresenta, no seu texto constitucional, os parâmetros para o exercício da soberania popular, a partir de princípios e normas basilares, submetidos a constante controle. Com relação a esse tema, julgue os itens a seguir.

Verifica-se a inconstitucionalidade formal, também conhecida como nomodinâmica, quando a lei ou o ato normativo infraconstitucional contém algum vício em sua forma, independentemente do conteúdo.

Resposta: "certo".

10. (Delegado de Polícia — ACADEPOL/MG/2011) O "bloco de constitucionalidade" se constitui a partir de:

a) princípios, normas escritas e não escritas, fundamentos relativos à organização do Estado, direitos sociais e econômicos, direitos humanos reconhecidos em tratados e convenções internacionais dos quais o país seja signatário.
b) normas escritas, emendas constitucionais de lastro formal, direitos fundamentais consagrados pela Constituição, de reconhecimento e aplicação internos.
c) princípios não escritos, unidade, solidez, valoração de normas constitucionais que podem ser desmembradas para melhor efetivação dos direitos consagrados.
d) conteúdo específico das normas constitucionais e infraconstitucionais, estabilidade, dinamicidade, dirigismo, garantismo, além de todas as normas constitucionais de caráter programático.

Resposta: "a".

11. (Defensor Público/AM — Instituto Cidades/2011) Qual dos instrumentos abaixo jamais poderá ser utilizado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, federal ou estadual:

a) recurso extraordinário;
b) embargos de declaração;
c) ação rescisória;
d) intervenção de *amicus curiae*;
e) audiência pública.

Resposta: "c". O art. 26 da Lei n. 9.868/99 estabelece: "a decisão que declara

a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória".

12. (Promotor de Justiça/MS — 2011) Havendo evidente controvérsia constitucional acerca de importante dispositivo de lei estadual anterior à Constituição Federal de 1988, o Governador do Estado é legitimado a ingressar no Supremo Tribunal Federal com:

a) mandado de segurança;
b) ação direta de inconstitucionalidade;
c) ação declaratória de constitucionalidade;
d) mandado de injunção;
e) arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Resposta: "e".

13. (Titular de Serviços de Notas e de Registros/TJ-CE — IESES/2011) Leia atentamente as proposições abaixo e assinale a que se apresentar INCORRETA:

a) Verifica-se a inconstitucionalidade nomodinâmica quando a lei ou o ato normativo infraconstitucional contiver vício de forma.
b) A inconstitucionalidade nomoestática decorre da afronta, pela norma infraconstitucional, ao conteúdo da Constituição.
c) A inconstitucionalidade formal orgânica resulta da ausência de competência legislativa para a elaboração do ato.
d) Os tribunais de contas não podem apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, no exercício de suas atribuições.

Resposta: "d". De acordo com a S. 347/STF, "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público", lembrando que essa apreciação será incidental e nunca como pedido principal.

14. (25.º Concurso MPF/PGR/2011) Leia os enunciados abaixo. Considerando a jurisprudência atual do STF, quais as respostas corretas?

I. O pressuposto da subsidiariedade, na ADPF de natureza incidental, leva em consideração a existência de outro instrumento no controle abstrato de normas apto a sanar a lesão ao preceito fundamental não apenas para as partes do processo originário, mas para todos os que se encontrarem em situação similar.
II. O princípio da reserva de plenário não se aplica ao próprio STF, no julgamento de recursos extraordinários.
III. Não cabe o controle abstrato de constitucionalidade de decreto expedido pelo Presidente da República.

IV. É incabível a propositura de ADI contra lei formal, dotada de efeitos concretos.
a) I e II.
b) I, II e III.
c) I, II, III e IV.
d) III e IV.

Resposta: “a”.

6.10.2. Legitimidade

1. (OAB/104.º) Um dos grupos ou pessoas abaixo nomeados certamente não é legitimado para intentar ação de inconstitucionalidade:

a) o Presidente da República;
b) a Mesa da Assembleia Legislativa;
c) o partido político, desde que possua representação no Congresso Nacional;
d) entidade de classe de âmbito municipal ou estadual.

Resposta: “d”. Quem é legitimada é a entidade de classe de âmbito nacional, cf. art. 103, IX.

2. (Magistratura/173.º) Assinale a correta. A ação declaratória de constitucionalidade pode ser proposta:

a) pelo Governador do Estado;
b) pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
c) pelo Procurador-Geral da República;
d) pela Mesa da Assembleia Legislativa.

Resposta: “c”. Antes da EC n. 45/2004, os legitimados para a propositura da referida ação eram apenas quatro, de acordo com o art. 103, § 4.º, da CF/88, quais sejam: *a*) Presidente da República; *b*) Mesa do Senado Federal; *c*) Mesa da Câmara dos Deputados; *d*) Procurador-Geral da República. Com a revogação do § 4.º e a nova redação do *caput* do art. 103, pela aludida emenda, os legitimados para a propositura da ADC passaram a ser os mesmos da ADI genérica (*vide* *item 6.7.1.14*).

3. (OAB/111.º) Havendo afronta aos direitos da pessoa humana pelo Governador, o respectivo Estado-Membro poderá sofrer intervenção federal mediante:

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, proposta pelo Procurador-Geral do Estado;
b) requisição do Tribunal de Justiça;
c) solicitação da Assembleia Legislativa;
d) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, proposta pelo

Procurador-Geral da República.

Resposta: “d”. Art. 36, III, c/c o art. 34, VII, “b”, da CF/88 (ADI interventiva federal). Lembramos que a decretação e execução da intervenção federal é ato de competência privativa do Presidente da República (art. 84, X), caso a decretação da suspensão da execução do ato do Governador de Estado (também por decreto presidencial) não seja suficiente para o restabelecimento da normalidade (art. 36, § 3.º).

4. (Analista Judiciário — TRT 9.ª R. — Administrativa — FCC/2010) A ação declaratória de constitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal, NÃO poderá ser proposta:

a) pela entidade de classe de âmbito nacional.
b) pela Mesa da Câmara Legislativa.
c) pelo Governador do Distrito Federal.
d) pela confederação sindical.
e) pelo Prefeito Municipal.

Resposta: “e”. Insisto: para as provas, decore o art. 103, CF/88!

5. (Defensoria Pública da União — CESPE/UnB — 2010) No que se refere ao controle de constitucionalidade, julgue os itens seguintes:

Considere que o art. Y da Constituição do estado X estabeleça a legitimidade de deputado estadual para propor ação de inconstitucionalidade de lei municipal ou estadual em face da Constituição estadual. Nesse caso, conforme entendimento do STF, o referido art. Y poderá ser considerado constitucional.

Resposta: “certo”. Como sempre digo, a prova do CESPE/UnB exige conhecimento da jurisprudência do STF!

6. (Analista Judiciário/TJ-ES — Direito — CESPE/UnB/2011) Acerca do controle de constitucionalidade, julgue o item a seguir.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser proposta pelos mesmos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade genérica e da ação declaratória de constitucionalidade.

Resposta: “certo”, nos termos do art. 12-A, da Lei n. 9.868/99, c/c art. 103, CF/88.

7. (Auditor Público Externo — TCE/MT — FMP-RS/2011) É parte legítima para propor ação direta de inconstitucionalidade e lei ou ato normativo estadual ou municipal conforme a Constituição do Estado do Mato Grosso:

a) a mesa do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso.
b) o Ministério Público do Estado do Mato Grosso.

c) o Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso.
d) partidos políticos com representação no Estado do Mato Grosso.
e) o Prefeito, a Mesa da Câmara de Vereadores ou partido político com representação nesta, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal.

Resposta: "e". Conforme visto, o art. 125, § 2.º, autoriza a leitura simétrica do art. 103 (cf. *item 6.8.4*).

8. (Analista — Advocacia — CESPE/UnB — EBC-1/2011) A aferição da legitimidade do partido político para a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade deve ser feita no momento da propositura da ação, sendo irrelevante a ulterior perda de representação no Congresso Nacional.

Resposta: "certo". Conforme jurisprudência do STF exposta na parte teórica.

■ 6.10.3. Procedimento

1. (OAB/104.º) Assinale a alternativa correta:
a) ao Presidente da República compete suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF;
b) ao Presidente da Câmara dos Deputados compete suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF;
c) ao Conselho da República compete suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF;
d) ao Senado Federal compete suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF.

Resposta: "d". De acordo com o art. 52, X, da CF/88.

2. (Magistratura/168.º) Os Tribunais e os respectivos Órgãos Especiais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público:
a) por maioria simples;
b) por maioria absoluta;
c) por maioria qualificada;
d) por unanimidade.

Resposta: "b". De acordo com o art. 97 da CF/88.

3. (OAB/110.º) Ação Declaratória de Constitucionalidade visando declarar a constitucionalidade de determinada Emenda à Constituição Federal não poderá ser proposta pelo Procurador-Geral da República no dia seguinte à promulgação da referida lei porque:
a) Emenda à Constituição Federal não pode ser objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade, uma vez que é produzida pelo Poder Constituinte

Reformador;

b) o Procurador-Geral da República não é parte legítima para propor Ação Declaratória de Constitucionalidade, atuando no processo, apenas, como "fiscal da lei";
c) não existiria controvérsia judicial, requisito indispensável à propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade;
d) somente atos infraconstitucionais podem ser objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade, deles excluída, portanto, a Emenda à Constituição Federal.

Resposta: "c". De acordo com o art. 14, I a III e parágrafo único, da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, bem como jurisprudência do STF.

4. (MP/81.º/2.ª Prova) Deve ser apontada a alternativa em que se inclui equívoco. No procedimento da ação direta de inconstitucionalidade mostra-se admissível:

a) a requisição de informações adicionais pelo relator;
b) a designação de perito ou de comissão de peritos para emissão de parecer sobre matéria ou situação fática que necessite de esclarecimento;
c) a realização de audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria não esclarecida;
d) a intervenção de terceiros;
e) a desistência da ação.

Resposta: "Anulada". De fato, as alternativas "a", "b" e "c" estão todas previstas e admitidas no art. 9.º, § 1.º, da Lei n. 9.868/99, que disciplinou o processo e julgamento da ADI. As alternativas "d" e "e", ambas apresentam equívoco, já que no procedimento da ADI são vedadas tanto a intervenção de terceiros (art. 169, § 2.º, do *RISTF*, c/c o art. 7.º da Lei n. 9.868/99, destacando, contudo, o seu § 2.º, que faculta ao relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades) como a desistência da ação (art. 5.º, *caput*, da Lei). Como não se admitem duas alternativas corretas neste teste, ele teve de, corretamente, ser anulado. Lembramos ao candidato atento outras características do procedimento da ADI, vistas na parte teórica: *a*) inexistência de prazo prescricional ou decadencial; *b*) irrecorribilidade da decisão, salvo a interposição de embargos declaratórios; *c*) não rescindibilidade da decisão proferida, tudo em razão da natureza objetiva do processo de ADI.

5. (OAB/119.º) Lei municipal que concede subvenção a determinada seita religiosa deve ser considerada:

a) inconstitucional, podendo ser impugnada por meio de ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal;
b) inconstitucional, podendo ser impugnada por via de arguição de

descumprimento de preceito fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal, desde que observado o princípio da subsidiariedade;

c) constitucional, podendo ser assim declarada, no caso de divergência jurisprudencial, em ação declaratória de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal;

d) constitucional, pois a Constituição Federal autoriza a concessão de subsídios a qualquer espécie de culto religioso.

Resposta: "b". Cf. arts. 5.º, VI, e 19, I. No mais, de modo correto, a impugnação deve-se dar não por ADI, mas por arguição, já que, nos termos do art. 102, I, "a", lei municipal não pode ser objeto de ADI. Como ainda não há julgamento pelo STF em relação à constitucionalidade da arguição por equiparação, conforme advertido, nos testes, adotar a regra da Lei n. 9.882/99, que prevê, dentre os objetos da arguição, a lei municipal.

6. (X Concurso — 1.ª Prova Escrita/Juiz Federal TRF2) Admite-se a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quando este terceiro interveio no processo como "amicus curiae"?

Resposta: Cf. parte teórica, *item6.7.1.16*.

7. (MP/SP/2006) Relativamente à Cláusula de Reserva de Plenário, assinale a alternativa correta.

a) Toda demanda que suscite questão constitucional deve ser apreciada, originalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob pena de nulidade de julgamento.

b) Toda demanda que suscite questão constitucional deve ser apreciada, originalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, que, somente pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus membros poderá declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

c) Compete ao Supremo Tribunal Federal, privativamente, tanto em suas ações originárias, quanto no exercício de sua competência recursal, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo voto da maioria de seus ministros.

d) Somente pelo voto de 2/3 de seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sob pena de nulidade do julgamento.

e) Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Resposta: "e".

8. (Procurador da Assembleia Legislativa/ES — CESPE/UnB/2011) No que diz respeito ao controle de constitucionalidade no sistema

brasileiro, assinale a opção correta:

a) No controle difuso concreto, o magistrado de primeira instância, bem como as turmas ou as câmaras dos tribunais locais, pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma incidentalmente em um caso concreto, ainda que não haja pronunciamento dos tribunais ou do STF sobre a questão.

b) O STF admite a modulação de efeitos da decisão que declare a inconstitucionalidade no controle difuso concreto e da decisão que exerça juízo de não recepção de normas anteriores à CF.

c) Segundo entendimento do STF, a cláusula de reserva de plenário não se aplica às turmas recursais dos juizados especiais.

d) No denominado controle abstrato de constitucionalidade, o STF não pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma ou de ato normativo que não tenha sido objeto do pedido.

e) No que se refere ao momento da realização do controle de constitucionalidade, é admitido o controle judicial preventivo, realizado pelo STF no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Resposta: “c”. Confira parte teórica e RE 453.744-AgR.

9. (Exame de Ordem Unificado IV — OAB — FGV/2011) Em relação ao controle de constitucionalidade em face da Constituição Estadual, assinale a alternativa correta:

a) Compete aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, reconhecida a legitimação para agir aos mesmos órgãos e entidades legitimados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

b) A decisão do Tribunal de Justiça que declara a inconstitucionalidade de lei local em face da Constituição Estadual é irrecorrível, ressalvada a oposição de embargos declaratórios.

c) Não ofende a Constituição da República norma de Constituição Estadual que atribui legitimidade para a propositura de representação de inconstitucionalidade aos Deputados Estaduais e ao Procurador-Geral do Estado.

d) Não é possível o controle de constitucionalidade no plano estadual, no modo concentrado, se a norma constitucional estadual tomada como parâmetro reproduzir idêntico conteúdo de norma constitucional federal.

Resposta: “c”. Nos termos do art. 125, § 2.º, e jurisprudência apontada na parte teórica. A *letra “a”* está errada por violar o art. 103, c/c o art. 125, § 2.º (*vide* parte teórica). A *letra “b”* deve ter gerado muita dúvida. De fato, a regra do art. 26, da Lei n. 9.868/99, que só admite os embargos, deve ser ampliada no caso do controle estadual, pois, excepcionalmente, quando se tratar de norma de reprodução obrigatória, caberá a interposição de RE ao STF (cf. item 6.8.6) essa questão, confirma a tendência de extrema dificuldade no

Exame de Ordem. A *letra "d"* está errada, pois, em muitos temas, essa reprodução vai acontecer.

10. (Magistratura/TJ-PE — FCC/2011) Considerada a disciplina constitucional e a respectiva regulamentação legal da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é INCORRETO afirmar que:

a) pode ser proposta pelos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.
b) não admite desistência.
c) não admite medida cautelar.
d) cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.
e) em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo STF, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Resposta: "c". De acordo com a novidade prevista nos arts. 12-F e 12-G da Lei n. 9.869/99, introduzidos pela Lei n. 12.063/2009.

11. (Analista Judiciário — TRE-PA — FGV/2011) O controle concentrado de constitucionalidade pode ser exercido por meio de diversos instrumentos elencados na Constituição. Nesse sentido, é correto afirmar que (obs.: adaptada pelo autor, na medida em que a prova é de múltipla escolha, com 5 alternativas):

c) o Advogado-Geral da União funciona como uma espécie de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público; entretanto, ele não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela o STF já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade.

Resposta: "certo".

■ 6.10.4. Efeitos da decisão

1. (OAB/111.º) A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade que declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional, devidamente ratificado e promulgado pelo Estado brasileiro:

a) será nula, uma vez que tratados internacionais não podem ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade;
b) produzirá apenas efeitos ex tunc, uma vez que, pelo princípio da soberania, os Estados estrangeiros não poderão ser vinculados ao cumprimento de tal decisão;
c) dependerá de posterior manifestação do Senado Federal para suspender a execução do tratado na ordem jurídica interna;
d) produzirá efeitos erga omnes e vinculante, resultando na inaplicação do

tratado na ordem jurídica interna.

Resposta: "d". Lembramos que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5.º, § 3.º, da CF/88, introduzido pela *EC n. 45/2004*). Mesmo nessa hipótese, entendemos que a resposta continuaria sendo a mesma!

2. (OAB/112.º) A declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que revoga outro ato normativo tem como consequência lógica:

a) o restabelecimento do ato normativo anterior;
b) a repristinação do ato normativo anterior;
c) a perda de eficácia de ambos os atos;
d) a impossibilidade de restabelecer o ato normativo anterior.

Resposta: "a". Como regra geral, conforme vimos na parte teórica, a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, em abstrato, em tese, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração, faz instaurar um processo objetivo, sem partes, no qual inexiste litígio referente a situações concretas ou individuais (*RTJ* 147/31, Rel. Min. Celso de Mello), tornando os atos inconstitucionais nulos e, por consequência, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, com alcance, de modo vinculado e para todos, sobre os atos pretéritos, fazendo com que, dentre tantos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade do referido ato normativo que tenha "revogado" outro ato normativo (nossa análise neste ponto refere-se à ADI perante o STF, de lei ou ato normativo federal ou estadual, ou distrital desde que no exercício da competência estadual) provoque o restabelecimento do ato normativo anterior. Para recordar, os efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, por meio de ADI, são: *erga omnes, ex tunc* e vinculante, podendo ser dado efeito *ex nunc*, ou a partir de outro momento que venha a ser fixado (exceção à regra geral do princípio da nulidade), desde que a votação tenha sido por 2/3 dos Ministros, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. CUIDADO: o STF vem utilizando a terminologia "efeito repristinatório" (cf. ADI 2.215-PE, medida cautelar, Rel. Min. Celso de Mello, *Inf. 224/STF*).

3. (Magistratura/AL/2007) Sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, é INCORRETO afirmar que:

a) pode ter por objeto lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional a seu respeito;
b) estão legitimados para sua propositura, dentre outros, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República e entidade de classe de âmbito nacional;
c) possui caráter subsidiário, uma vez que não será admitida quando houver

qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público;

d) caberá agravo da decisão de indeferimento da petição inicial, no prazo de cinco dias, mas será irrecorrível a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido na arguição;

e) poderá ser deferida medida liminar para que juízes e Tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais quaisquer, inclusive se decorrentes de coisa julgada.

Resposta: "e". Nos termos do art. 5.º, § 3.º, da Lei n. 9.882/99, "a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada". Assim, de maneira correta o constituinte determinou o respeito à coisa julgada.

4. (PFN — ESAF — 2005-6) De modo geral, a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade de lei em ação direta de inconstitucionalidade começa a produzir todos os seus efeitos:

a) desde o trânsito em julgado da decisão.

b) desde a publicação do acórdão, com a respectiva ementa, no Diário de Justiça.

c) desde a data da publicação da ata da sessão de julgamento.

d) desde o dia mesmo do julgamento da ação.

e) no primeiro dia útil seguinte ao do julgamento da ação.

Resposta: "c".

5. (Juiz — TRF 5ª Reg. — 2007 — CESPE/UnB) A sentença transitada em julgado adquire eficácia, tornando-se imutável e, para se preservar o princípio da segurança jurídica, não se admite a ação rescisória quando a questão nela decidida contrariar literal disposição de súmula vinculante ou violar lei inconstitucional ou, ainda, quando o STF declarar a inconstitucionalidade da lei aplicada pela decisão.

Resposta: "errado". Cf. parte teórica *item6.7.1.17.4*.

6. (PGE PB-UnB/CESPE 2008) Acerca do controle difuso de controle de constitucionalidade das leis, assinale a opção correta.

a) A competência do STF para julgar, em sede de recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal, não tem por finalidade promover a defesa do pacto federativo, mas a compatibilidade da lei estadual em face da lei federal.

b) No âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a

liminar pode ser concedida para suspender a eficácia do ato normativo impugnado ou da decisão judicial, mesmo na hipótese de coisa julgada.

c) Considere-se que um recurso extraordinário interposto em 22 de novembro de 2007 tenha o mérito julgado, pelo STF, em 24 de março de 2008, quando seja acolhida a preliminar da repercussão geral. Nessa hipótese, os recursos sobrestados devem ser encaminhados, pelos tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais, ao STF para que ele aplique aquele entendimento.

d) O STF, de forma excepcional, tem admitido eficácia *ex nunc* às declarações de inconstitucionalidade no âmbito do controle difuso.

e) Não é possível a utilização da via da ação civil pública para declarar, mesmo que incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei, sob pena de usurpação da competência do STF, já que a sentença proferida naquela ação tem eficácia *erga omnes*.

Resposta: "d".

7. (DP/AC/CESPE/UnB/2008) São desprovidas de efeito vinculante e de eficácia erga omnes as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle difuso de constitucionalidade de leis federais.

Resposta: "certo". Isso demonstra que o CESPE, na medida em que o STF ainda não julgou a RCL 4.335/AC, parece não estar adotando a teoria da abstração (cf. *item 6.6.5*).

8. (Exame da OAB Unificado 2010.1 — CESPE/UnB — caderno Miguel Reale) Assinale a opção correta a respeito da medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com o que dispõe a Lei n. 9.868/1999.

a) Essa medida cautelar só poderá ser concedida se ouvidos, previamente, o advogado-geral da União e o procurador-geral da República.

b) A decisão proferida em sede de cautelar, seja ela concessiva ou não, será dotada de eficácia contra todos, com efeito *ex nunc*, salvo se o STF entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

c) O relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações e a manifestação do advogado-geral da União e do procurador-geral da República, sucessivamente, submeter o processo diretamente ao STF, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

d) Tal medida não poderá ser apreciada em período de recesso ou férias, visto que é imperioso que seja concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do STF, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Resposta: "c". De acordo com o art. 12 da Lei n. 9.868/99. A *letra "a"* está errada porque a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da

República, no prazo de três dias, só caberá se o Relator julgar indispensável. A *letra "b"* está errada, na medida em que o efeito vinculante se verificará apenas em caso de concessão da cautelar. A *letra "d"* está errada, pois é perfeitamente possível a análise de cautelar durante o recesso, aliás, por ser cautelar, deve haver um mecanismo para tanto. A diferença é que, durante o recesso, a apreciação se dará pelo Min. Presidente do STF e, fora do recesso, pela maioria absoluta dos Ministros (cf. art. 10, *caput*, da Lei n. 9.868/99).

9. (Procurador do Estado/RO — FCC/2011) É uma das características da ação direta de inconstitucionalidade no controle abstrato das normas na Constituição Federal brasileira:

a) Não admitir o efeito repristinatório. A declaração de nulidade total de uma norma sempre cria um vácuo legislativo que só pode ser sanado pelo Poder Legislativo competente.
b) Permitir a intervenção de terceiros e do *amicus curiae.*
c) Resultar em uma decisão judicial final com efeito *ex tunc* sempre, não se admitindo a modulação de efeitos pelo Poder Judiciário.
d) Não admitir a declaração parcial de nulidade da norma sem a redução do texto original.
e) A ativação do efeito repristinatório quando houver o silêncio na medida cautelar que suspende determinada lei, de modo que, a legislação anterior, se existente, torne-se novamente aplicável.

Resposta: "e". Nos termos do art. 11, § 2.º, da Lei n. 9.869/99, a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

■ 6.10.5. Outras questões

1. (MP/74.º-1992) Enquanto não for reconhecida pelo Poder Judiciário a inconstitucionalidade de uma lei, ela obriga os particulares? Justifique.

Resposta: Sim, ninguém pode alegar a referida inconstitucionalidade para justificar uma eventual recusa em cumpri-la. Apesar disso, através do controle difuso, o particular pode questionar a sua inconstitucionalidade e, então, após decisão judicial, deixar de cumpri-la. Por outro lado, complementando esta resposta, entendemos que os chefes do Executivo e Legislativo poderiam, em casos excepcionais, desde que entendessem uma lei flagrantemente inconstitucional, determinar o seu não cumprimento administrativamente, na medida em que devem respeitar sempre a estrita legalidade de normas constitucionais. É claro que tal atitude poderá ser questionada perante o Judiciário. Esta é a posição do STF, publicada na *RTJ* 151/331, pedindo-se vênia para transcrever um trecho da *ementa*: "em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com

força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia — e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade —, podem tão só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais...” (ADI 221-MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 22.10.1993, p. 22251, *Ement*. v. 01722-01, p. 28 — grifamos).

2. (CESPE/UnB — Defensoria Pública DF — 2006) A respeito da interpretação constitucional, julgue o item seguinte:

Na declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade e a mutação constitucional, o intérprete constitucional não vê ainda na norma uma inconstitucionalidade evidente, porque ela mantém parte de sua significância em contato harmônico com a Constituição Federal, mas o julgador sinaliza, com a expressão em “trânsito para a inconstitucionalidade”, que a norma está a um passo da inconstitucionalidade, bastando, para tanto, apenas alguma alteração fática.

Resposta: verdadeiro.

3. (CESPE/UnB — Defensoria Pública DF — 2006) Com relação à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), julgue os itens subsequentes.

1. As declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal.
2. O ordenamento constitucional brasileiro, embora não tenha sido expresso em tal sentido, estendeu ao legislador os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade, pois, se assim não fosse, haveria comprometimento da relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o Poder Judiciário a um papel subalterno perante o Poder Legislativo.
3. O STF reconheceu que a interpretação conforme a Constituição Federal, quando fixada no juízo abstrato de normas, corresponde a uma pronúncia de inconstitucionalidade. Portanto, o tribunal tem considerado inadmissível a utilização da representação interpretativa, entendendo que, quando for o caso de aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição Federal, deve-se fazê-lo na esfera do controle abstrato de normas.

Resposta: O item 1 é *errado*. Isso porque generaliza em relação “aos órgãos do Poder Judiciário”. Este é o erro, já que a vinculação se dá em relação “aos demais órgãos do Poder Judiciário”, não se podendo falar em vinculação do

próprio STF. Outrossim, como inclusive reconhecido pelo CESPE, não há referência expressa na assertiva de que se tratava das hipóteses de controle concentrado perante o STF. O item 2 está *errado* também, já que o efeito vinculante das decisões se restringe aos demais órgãos do Poder Judiciário e em relação à Administração Pública, não produzindo efeitos sobre o legislador, sob pena de *fossilização*. Por fim, o item 3 está *certo*.

4. (CESPE/UnB — Defensoria Pública DF — 2006) A respeito do controle de constitucionalidade das leis municipais, julgue os próximos itens.

1. É possível aplicar o efeito ex nunc à declaração de inconstitucionalidade de lei municipal em processo de controle difuso.
2. Apenas a Constituição estadual ou a Lei Orgânica do Distrito Federal, quando for o caso, pode servir como referência ou paradigma de confronto para efeito de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos locais. Não se permite a utilização da Constituição da República para esse fim nas ações diretas ajuizadas perante os tribunais de justiça estaduais ou do DF.
3. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade em que se impugna norma local contestada em face de Carta estadual é do tribunal de justiça respectivo. Essa regra não se aplica quando o preceito atacado se revela como pura repetição de dispositivos da Constituição Federal, de observância obrigatória pelos estados.

Resposta: O item 1 está *certo*. O *leading case* foi o julgamento do RE 197.917, pelo qual o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9 e determinou que a aludida decisão só atingisse a próxima legislatura (cf. íntegra do voto em *Inf. 341/STF*, Rel. Min. Maurício Corrêa). O item 2 está *errado*. Muito embora a primeira parte do enunciado traga assertiva correta, como o próprio CESPE reconheceu, "o item não fez menção à hipótese excepcional em que a Constituição Federal pode servir de referência para efeito de controle concentrado de lei local, que é aquela em que se tem uma norma de reprodução da Constituição Federal na Constituição do Estado-membro" e se admite a propositura de recurso extraordinário para o STF. O item 3 está *errado*, já que a regra de competência do TJ local, tendo a CE como paradigma para o confronto e controle da lei local, continua mesmo na hipótese de dispositivos de observância obrigatória. O que aconteceria, neste caso, seria, como visto na parte teórica, a simultaneidade de ações e a suspensão do julgamento da ação estadual.

5. (TJ/DF-2007) Tendo em vista os mais recentes pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, acerca do tema do controle de constitucionalidade de normas, é correto afirmar:

a) O amicus curiae tem legitimidade para opor embargos de declaração;

b) O Advogado-Geral da União se manifesta obrigatoriamente em caso de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão;
c) Admite-se o instrumento da Reclamação mesmo por quem não tenha participado do processo objetivo em que restou fixada a tese jurídica invocada;
d) Não se admite a técnica de limitação de efeitos em sede de controle difuso.

Resposta: "c".

6. (TJ/PR-2007) Assinale a alternativa INCORRETA.

a) A presunção de constitucionalidade das leis e o princípio da hierarquia das normas constitucionais são pressupostos para que o Supremo Tribunal Federal possa realizar a interpretação conforme a Constituição.
b) A interpretação conforme a Constituição proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com ou sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do poder público.
c) A lei municipal objeto de ação de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual será analisada pelo Tribunal de Justiça da respectiva unidade da Federação em que se encontre o município.
d) A ação direta de inconstitucionalidade interventiva que tem por finalidade a proteção dos princípios sensíveis, entre eles a dignidade da pessoa humana, pode ser proposta pelos mesmos membros legitimados para interpor a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Resposta: "d".

7. (DP/SC/ACAFE-2008) Sobre o Controle de Constitucionalidade, todas as alternativas estão corretas, exceto a:

a) O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.
b) No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.
c) Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade associação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
d) Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Resposta: "c".

8. (TJ/AL/CESPE/UnB/2008) Quanto aos tratados internacionais, assinale a opção correta:

a) Para um tratado internacional ser incorporado ao direito interno, deve ser submetido ao crivo do Congresso Nacional, ao qual compete aprová-lo por meio de resolução.
b) O tratado internacional poderá ser objeto de ADI logo após sua promulgação pelo presidente da República.
c) Conforme entendimento do STF, a União não pode, por meio de tratado internacional, criar isenções de tributos estaduais, sob pena de violar pacto federativo.
d) Para a teoria monista, adotada no Brasil, existe uma só ordem jurídica — englobando o direito interno e o direito internacional — para cada Estado. Essa teoria monista, por sua vez, divide-se em duas correntes doutrinárias: a que defende a primazia do direito internacional sobre o direito interno (monismo radical), e a corrente que os equipara, dependendo a prevalência de uma norma sobre a outra da ordem cronológica de sua criação (monismo moderado).
e) Qualquer tratado, depois de incorporado, passa a gozar do *status* de norma constitucional.

Resposta: "b".

9. (Magistratura-RR/FCC/2008) Existindo comprovada controvérsia constitucional sobre dispositivo de lei estadual anterior à Constituição da República, detém o Governador do Estado legitimidade para propor, perante o Supremo Tribunal Federal,

a) ação direta de inconstitucionalidade.
b) arguição de descumprimento de preceito fundamental.
c) ação declaratória de constitucionalidade.
d) mandado de injunção.
e) mandado de segurança.

Resposta: "b". Muito interessante a questão, consagrando a ideia de que, de fato, é a ADPF um instrumento para o controle em abstrato de recepção.

10. (CESPE/UnB — Proc. Município — SEMAD/SE) O amicus curiae não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo daquelas que não o admitam como tal no processo.

Resposta: "certo". Cf. *item 6.7.1.16.7* da parte teórica e ADI 3.615-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2008, *DJE* de 25.04.2008 — no mesmo sentido, cf. ADI 2.591-ED.

11. (AGU — CESPE — 2010) No que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade, julgue os seguintes itens:

No processo objetivo de controle de constitucionalidade, o *amicus curiae* tem legitimidade para interpor recurso nas mesmas hipóteses facultadas ao

titular da ação.

Resposta: “errado”.

12. (AGU — CESPE — 2010) No que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade, julgue os seguintes itens:

Para o STF, o indeferimento da medida cautelar na ADI não significa confirmação da constitucionalidade da lei com efeito vinculante.

Resposta: “certo”.

13. (Analista do MPSE — Área Direito — FCC/2010) Em matéria de ação direta de inconstitucionalidade, é certo que:

a) O Supremo Tribunal Federal aprecia a validade dos dispositivos legais indicados no pedido formulado pelo autor da ação, porém admite a inconstitucionalidade por “arrastamento” ou por atração.
b) A declaração de inconstitucionalidade, de regra, começa a produzir efeitos sempre após o trânsito em julgado da decisão, e excepcionalmente, a partir da publicação do Acórdão na imprensa oficial.
c) A decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em ação direta é recorrível, cabendo também a interposição de embargos declaratórios e de ação rescisória.
d) O Supremo Tribunal Federal fica vinculado aos fundamentos apresentados pelo proponente, por ser a causa de pedir restrita ou fechada, vedando-se que a decisão seja assentada em qualquer parâmetro constitucional.
e) A função do Procurador-Geral da República, no controle abstrato, é a defesa das normas federais ou estaduais, cuja inconstitucionalidade é arguida, tendo assim, o papel de curador da presunção de constitucionalidade.

Resposta: “a”. *Vide* parte teórica.

14. (Defensoria Pública da União — CESPE/UnB — 2010) No que se refere ao controle de constitucionalidade, julgue os itens seguintes:

A legislação em vigor não admite a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Resposta: “errado”. Cf. Lei n. 12.063/2009, que acrescentou dispositivos à Lei n. 9.868/99. Meu querido leitor, veja como é a “vida” dos concursos... À época, mal saiu a lei e já caiu na prova! Então, mantenham-se atentos e não desistam.

15. (XXXII MP/RJ — 2011) Considere as seguintes assertivas sobre o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos na Constituição da República:

I. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre

matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

II. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político independente de representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

III. O controle concentrado de constitucionalidade no âmbito dos estados surgiu no Ordenamento Jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988.

IV. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

V. Nas ações diretas de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, a decisão final do Tribunal de Justiça só estará sujeita à apreciação do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, se o preceito da Carta Estadual violado for daqueles de repetição obrigatória, decorrente da Constituição da República.

As afirmativas corretas são somente:

a) I, II e IV.
b) I, III e V.
c) I, IV e V.
d) II, III e IV.
e) II, IV e V.

Resposta: “c”. *Item I correto* nos termos da literalidade do art. 103-A, *caput*, CF/88. O *item II* está *errado* porque o partido político, para ajuizar referidas ações, deve possuir representação no Congresso Nacional (art. 103, VIII). Mais uma vez, repete-se a necessidade de conhecimento do art. 103 (portanto, decorem!). O *item III* está errado, já que o controle concentrado não é novidade do texto de 1988. Desde a Constituição de 1934 já se falava em ADI Interventiva, assim como a EC n. 16/65 introduziu a representação de inconstitucionalidade no STF, tendo como legitimado exclusivo o PGR. O *item IV* está *correto*, nos termos do art. 103, § 2.º. Finalmente, o *item V* está *correto* conforme apontado na parte teórica, qual seja, a peculiar utilização do RE no controle concentrado estadual e, apenas, no caso de normas de repetição obrigatória ou compulsória.

16. (Analista Judiciário — TRT-11/AM — Área Administrativa —

FCC/2012) Sobre as medidas judiciais de controle da constitucionalidade brasileira analise as seguintes assertivas:

I. A ADPF, decorrente da Constituição Federal, será apreciada pelo STF, na forma da lei.

II. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

III. O Presidente do Senado Federal é um dos legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Está correto o que se afirma APENAS em:

a) I e II.
b) I e III.
c) II e III.
d) II.
e) III.

Resposta: "a". Questão básica. O erro no *item III* está no fato de o *Presidente do SF* não ser legitimado, já que não está elencado no art. 103, CF/88.

17. (Magistratura/TJ-RJ — VUNESP/2011) Considerando o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no direito brasileiro, é correto afirmar que:

a) para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática.
b) em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, o STF firmou o entendimento de que ação dessa natureza não é suscetível de desistência.
c) a medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex tunc*, operando, portanto, desde a edição da lei ou do ato normativo atacado.
d) quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no STF, contra a mesma lei estadual em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da CF, a ação direta proposta perante o Tribunal estadual deve ser extinta.

Resposta: "b". Nesse sentido, o art. 5.º, *caput*, da Lei n. 9.868/99, estabelece, textualmente, que, proposta a ação direta, não se admitirá desistência.

18. (Procurador da Assembleia Legislativa/ES — CESPE/UnB/2011) No que diz respeito às ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, assinale a opção correta:

a) As leis municipais não podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade perante o STF.
b) O STF admite a alegação de prescrição ou decadência para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em relação a lei ou ato normativo.
c) A decisão proferida pelo STF no âmbito de uma ação declaratória de constitucionalidade passa a produzir efeitos a partir do trânsito em julgado da respectiva decisão.
d) As deliberações administrativas dos tribunais de justiça dos estados não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.
e) Segundo entendimento do STF, não cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental que tenha por objeto súmulas vinculantes.

Resposta: "e", correta, na medida em que as súmulas vinculantes possuem procedimento próprio de revisão ou cancelamento. A *letra "a"* está errada porque a lei municipal poderá ser objeto de controle concentrado por meio da ADPF. Veja, a questão não diz por meio de ADI. Lembramos, ainda, que cabe, eventualmente, julgamento de recurso extraordinário contra acórdão do TJ que apreciou, originariamente, eventual ADI de lei municipal em face da CE, quando se tratar de norma de repetição obrigatória (cf. *item6.8.6*). A *letra "b"* está errada conforme entendimento do STF firmado na S. 360 que não admite prazo decadencial ou prescricional, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso de tempo. A *letra "c"* está errada, na medida em que a jurisprudência do STF entende que a decisão passa a valer a partir da publicação da ata de julgamento no *Diário Oficial*, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado, "exceto nos casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (cf. ADI 711-QO). A *letra "d"* está errada porque, se a deliberação administrativa for marcada pela generalidade, impessoalidade e abstração, como as normas regimentais, terão caráter normativo e, então, caberá controle.

19. (Magistratura/TRF1 — CESPE/UnB/2011) Considerando a disciplina constitucional a respeito do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, assinale a opção correta.

a) A ADI admite a intervenção de terceiros, mas a ADC, não.
b) Uma vez proposta a ADI por omissão, todos os demais legitimados podem manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.
c) Sendo a ADPF espécie de controle concentrado que visa evitar ou reparar lesão às normas que, materialmente constitucionais, fazem parte da Constituição formal, e não à Constituição em seu conjunto, não cabe reclamação para o STF no caso de descumprimento da decisão.
d) O STF, seguindo a doutrina constitucional majoritária, entende que a ADPF é cabível contra ato do poder público de natureza administrativa ou

normativa, mas não contra ato judicial.

e) A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo STF está sujeita à manifestação, em um ou em outro sentido, de, pelo menos, oito ministros, quer se trate de ADI, quer se trate de ADC.

Resposta: "b". Nesse sentido, cf. art. 12-E, § 1.º, da Lei n. 9.868/99, incluído pela Lei n. 12.063/2009.

20. (Procurador Municipal — Prefeitura de Nova Lima/MG — FUMARC/2011) Ainda sobre o controle de constitucionalidade, são verdadeiras as assertivas abaixo, EXCETO:

a) Caberá recurso extraordinário para o STF da decisão prolatada pelo tribunal de justiça estadual em controle abstrato de constitucionalidade apenas quando possa ter por parâmetro de controle norma da Constituição Estadual que seja reprodução obrigatória de norma da Constituição da República.

b) A existência simultânea de representação de inconstitucionalidade perante o tribunal de justiça estadual e de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal impõe a suspensão da primeira até o julgamento final da última.

c) A Ordem dos Advogados do Brasil, como parte legitimada a instaurar o controle concentrado de constitucionalidade, deve demonstrar a pertinência temática da norma impugnada com as suas atribuições institucionais.

d) Pode haver a modulação dos efeitos da decisão do tribunal de justiça estadual no âmbito da representação de inconstitucionalidade estadual.

Resposta: "c".

21. (Exame de Ordem Unificado — FGV/2010.3) Projeto de lei estadual de iniciativa parlamentar concede aumento de remuneração a servidores públicos estaduais da área da saúde e vem a ser convertido em lei após a sanção do Governador do Estado. A referida lei é:

a) compatível com a Constituição da República, desde que a Constituição do Estado-membro não reserve à Chefia do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre aumento de remuneração de servidores públicos estaduais.

b) constitucional, em que pese o vício de iniciativa, pois a sanção do Governador do Estado ao projeto de lei teve o condão de sanar o defeito de iniciativa.

c) inconstitucional, uma vez que os projetos de lei de iniciativa dos Deputados Estaduais não se submetem à sanção do Governador do Estado, sob pena de ofensa à separação de poderes.

d) inconstitucional, uma vez que são de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre aumento de remuneração de

servidores públicos da administração direta e autárquica estadual.

Resposta: “d”. Nos termos do art. 61, § 1.º, II, “a”, de reprodução obrigatória no âmbito estadual.

22. (Delegado de Polícia Civil/ES — CESPE/UnB/2011) Com relação ao processo legislativo e ao controle de constitucionalidade, julgue o item seguinte.

Considere que o TJ do Estado tenha julgado procedente ADI que teve por objeto lei municipal, sob o fundamento de afronta a dispositivo inserto na Constituição Estadual, o qual se limitou a reproduzir preceito da CF de observância obrigatória pelos Estados. Nessa hipótese, segundo entendimento do STF, não é viável a utilização de qualquer espécie recursal contra a referida decisão para fins de submissão do tema à jurisdição da Corte Suprema, por tratar-se de decisão proferida no âmbito do controle abstrato de normas e por ter tido como objeto lei municipal.

Resposta: “errado”. Na medida em que, conforme estudamos na parte teórica (*item 6.8.6*), cabe, na hipótese citada, recurso extraordinário.

23. (Auditor Fiscal da Receita Estadual — SEFAZ-RJ — FGV/2011) Suponha que o STF, em ação direta de inconstitucionalidade (ADI), tenha julgado a lei X inconstitucional. Nesse caso, seria correto afirmar que a lei X:

a) é federal e deverá ser encaminhada ao Senado para que seja suspensa.
b) pode ser federal ou estadual e deverá ser encaminhada ao Senado para que seja suspensa.
c) pode ser federal, estadual ou municipal e deverá ser encaminhada ao Senado para que seja suspensa.
d) pode ser federal, estadual ou municipal e não precisa ser encaminhada ao Senado para ser suspensa.
e) pode ser federal ou estadual e não precisa ser encaminhada ao Senado para ser suspensa.

Resposta: “e”.

[1] Todo o conteúdo desse *item 6.1* foi retirado, com algumas adaptações, de Pedro Lenza, *Coisa julgada* erga omnes: processo coletivo, controle de constitucionalidade e súmula vinculante (no prelo, originalmente defendido como tese de doutorado — USP).

[2] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 47 e 49.

[3] A. Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 21.

[4] Cf. Rui Barbosa, *Actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a*

justiça federal, p. 41 e ss.

[5] A. Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro,* passim.

[6] J. de C. Nunes, *Teoria e prática do poder judiciário*, p. 588-589.

[7] F. Campos, *Direito constitucional*, v. 1, p. 430-431.

[8] M. Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 115-116.

[9] Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*, p. 374-376.

[10]Conforme anotou Elival da Silva Ramos, "a dificuldade de Kelsen em admitir o ato legislativo inexistente, assim como o inválido sancionado com a nulidade *ab initio*, está ligada a seus pressupostos teoréticos, segundo os quais o Direito é concebido como uma construção lógica impecável, em que os elementos inferiores não podem estar em contradição com os superiores, sob pena de serem proscritos do mundo jurídico. Daí a pretensão de reduzir as categorias da inexistência e da nulidade à da anulabilidade, trabalhando com a ideia de uma validade transitória, até a desconstituição do ato por decisão judicial" (E. da S. Ramos, *A inconstitucionalidade das leis:* vício e sanção, p. 23). Cf. H. Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 292-300.

[11] M. Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 116. Este prazo, segundo anota Gilmar Mendes, é de **18 meses**, nos termos do art. 140, § 5.º, 3.º período, da Constituição austríaca (I. G. da S. Martins, G. F. Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade:* comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.99, p. 426).

[12] F. C. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, t. 6, p. 413 e ss.

[13] R. M. M. N. Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5. ed., p. 268-296.

[14] M. Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 120-124.

[15] R. M. M. N. Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5. ed., p. 164-176, esp. p. 168; 172-173 e 176.

[16] Cf. Willoughby, *The constitucional law*, v. 1, p. 9-10 e, também, Thomas M. Cooley, *Treaties on the constitutional limitations*, 1878, p. 227, apud I. G. da S. Martins, G. F. Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade:* comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.99, p. 452.

[17] I. G. da S. Martins, G. F. Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 421-425.

[18] I. G. da S. Martins, G. F. Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 423.

[19] Gilmar Mendes transcreve parte da justificativa da Suprema Corte dos Estados Unidos: "... uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4.ª Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de 'depreciar' a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que 'na vida da lei não existe lógica: o que há é a experiência' (*United States Reports*, 381:629)" (*Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 424).

[20] S. R. de Barros, O nó górdio do sistema misto, in A. R. Tavares, W. C. Rothenburg (org.), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental:* análise à luz da Lei n. 9.882/99, p. 191 — no caso, referindo-se ao sistema brasileiro. Nessa linha da flexibilização, Palu, ao tratar dos **graus de retroatividade das sentenças de inconstitucionalidade**, observa que "... a doutrina e jurisprudência norte-americanas têm as respostas nas técnicas, *v.g.*, da *prospective overruling e limited retrospectivity*; justamente no país que estabeleceu a regra da nulidade absoluta da lei inconstitucional e da eficácia *ex tunc* dos julgamentos vem agora a técnica, sobretudo da *limited prospectivity*, a dispor que a sentença é aplicável somente aos processos iniciados após a decisão, inclusive afetando o processo que originou a questão; já a *prospectivity overruling*, ou *pure prospectivity*, exclui toda a retroatividade, não se aplicando ao processo de origem. Evidentemente, em um sistema que depende dos casos concretos (*cases*) para a declaração de inconstitucionalidade, a técnica da *pure prospectivity* gerou perplexidades, ainda que a declaração possa valer para casos concretos futuros" (Osvaldo Luiz Palu. *Controle de constitucionalidade:* conceitos, sistemas e efeitos, p. 173).

[21] E. G. de Enterría, Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, *RDP* 92/5.

[22] Cf. G. F. Mendes, Tribunal Constitucional alemão. O apelo ao legislador — "appellentscheidung" — na práxis da corte constitucional alemã, *RDP* 99/32-53.

[23] No Brasil, veja o precedente da **ADI 526**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 145/101.

[24] I. G. da S. Martins, G. F. Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 431-447.

[25] C. A. L. Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 148.

[26]**Cf. RE 197.917/SP** — Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno; DJ de 07.05.2004, p. 8 ("EMENTA: ... 8. Efeitos. Princípio da **segurança jurídica**. Situação excepcional em que a declaração de "nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do **interesse público** para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade"). Cf., ainda, trazendo vários exemplos de "modulação de efeitos da decisão", a **densidade** do voto do Min. Gilmar Mendes.

[27]27 Todo este *item 6.2* foi apresentado em outro trabalho nosso: "A arguição de descumprimento de preceito fundamental sob a perspectiva do STF", in *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil:* recurso extraordinário e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, São Paulo: Forense, 2003 (coord.: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg), p. 192-197.

[28] Para análise dos sistemas norte-americano, austríaco e alemão, cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 1-18. Para estudo comparado e histórico do controle da constitucionalidade, interessante o trabalho de Oscar Vilhena Vieira: *Supremo Tribunal Federal*, p. 39-96 e de Ivo Dantas, *O valor da Constituição*, passim. Importante, também, dentre tantos outros trabalhos da doutrina nacional, notadamente em relação ao traçado da evolução do sistema de controle de constitucionalidade do direito pátrio, a contribuição de Gilmar Ferreira Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 18-65; Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 45-73) e Regina Maria Macedo Nery Ferrari (*Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 24-48).

[29] C. M. Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 63-64.

[30] Convém observar, contudo, que, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, o art. 58, § 1.º, "a" e "b", da Constituição provisória de 1890 (Dec. n. 510, de 22.06.1890) e o Decreto n. 848, de 11.10.1890, já estabeleciam regras de controle difuso inspiradas no *judicial review* do direito norte-americano. Posteriormente, a Lei federal n. 221, de 20.11.1894, abordou, com clareza, o modelo, nos termos do art. 13, § 10: "os juízes e tribunais apreciarão a validade

das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição". Por fim, cabe salientar, de modo amplo, a manutenção das regras sobre o **controle jurisdicional difuso** pela reforma constitucional de 1926.

[31] G. F. Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 24.

[32] Nos termos do parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937, "no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, **a juízo do Presidente da República**, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, **poderá** o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, **ficará sem efeito a decisão do Tribunal**".

[33] Os arts. 1.º a 3.º da aludida Emenda Constitucional explicitam a amplitude da convocação da Assembleia Nacional Constituinte: "Art. 1.º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional"; "Art. 2.º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente"; "Art. 3.º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte".

[34] Sobre a **ADC**, cf. importante trabalho doutrinário e prático (votos da ADC 1-1/DF), coordenado por Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, intitulado *Ação declaratória de constitucionalidade,* passim.

[35] J. A. Silva, *Curso de direito constitucional positivo,* p. 554-555.

[36] Conforme analisaremos no *item 6.7.1.3*, este conceito deve ser ampliado diante do conceito de **bloco de constitucionalidade**, por meio do qual o parâmetro é constituído não só pela Constituição escrita e posta, como também pelas leis com valor constitucional formal (emendas à Constituição e, nos termos do art. 5.º, § 3.º (EC n. 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros); pelo conjunto de preceitos e princípios decorrentes da Constituição, inclusive implícitos (não escritos) e, ainda, ampliativamente, segundo alguns, pelos princípios integrantes daquilo que a doutrina vem chamando de "ordem constitucional global". Essa última perspectiva, contudo, que abarcaria os valores suprapositivos, não vem sendo aceita como parâmetro de constitucionalidade para o direito brasileiro.

[37] J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 982.

[38] Depois de muito pensar e discutir, falar em vício de ética, vício de consentimento, a colega **Simone Aparecida Smaniotto** sugeriu "vício de decoro parlamentar", o que entendemos perfeito, tendo em vista a regra do art. 55, § 1.º.

[39] Cf. L. A. D. Araujo e V. S. Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, p. 24.

[40] J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 959.

[41] Ao tratar do *processo legislativo*, veremos que o processo de formação da lei compreende uma **fase inicial**, em que é deflagrado o referido procedimento, e outras duas fases, a **constitutiva** (deliberação parlamentar e executiva) e a **complementar** (promulgação e publicação), chamadas acima de fases posteriores à de iniciativa.

[42] Para análise do tema da iniciativa "privativa" (reservada ou exclusiva), cf. *item 9.13.3.3.1*.

[43] J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 1321.

[44] Idem, ibidem.

[45]Clèmerson Merlin Clève, *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed., p. 41.

[46] Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed., p. 29.

[47] Cf. L. A. D. Araujo e V. S. Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, p. 24.

[48]*Elementos de direito constitucional*, p. 43.

[49] Resolução n. 93, de 1970, devidamente consolidada (Regimento Interno) em relação ao texto editado no final da 49.ª (quadragésima nona) Legislatura, nos termos do Ato da Mesa do Senado Federal n. 1, de 1999, em cumprimento ao disposto no art. 402 regimental.

[50] Aprovado pela Resolução n. 17, de 1989, e alterado pelas Resoluções ns. 1, 3 e 10, de 1991; 22 e 24, de 1992; 25, 37 e 38, de 1993; 57 e 58, de 1994; 1, 77, 78 e 80, de 1995; 5, 8 e 15, de 1996; 33, de 1999; 11 e 16, de 2000; 19, 21 e 25, de 2001; 28, de 2002; 15, de 2003; 20, 22 e 23, de 2004; 30 e 34, de 2005; e 45 e 50,

de 2006.

[51]L. A. D. Araujo e V. S. Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, p. 25. Sobre o assunto consultar interessante compilação jurisprudencial feita por Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 548-557. Neste sentido confira: "Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da República. *Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie)*. Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio **andamento do processo legislativo**, e isso porque a **Constituição** não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. *A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente*, a Constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido". Votação por maioria (MS 20.257/DF, Rel. Min. Décio Miranda, *DJ* de 27.02.1981, p. 1304, *Ement.* v. 01201-02, p. 312, *RTJ* 99/1031, j. 08.10.1980 — Tribunal Pleno). Esse *leading case* serviu de paradigma para diversas decisões supervenientes. *Vide*, por exemplo: MS 20.257 (*RTJ* 99/1031); MS 21.754 (AgRg) (Pleno, 07.10.1993); MS 21.648 (Pleno, 05.05.1993); MS 22.183 (Pleno, 05.04.1995).

[52] No mesmo sentido o ***Inf. 30/STF***: "Por maioria de votos, o Tribunal conheceu em parte de mandado de segurança impetrado por Deputados Federais contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que determinara o processamento de proposta de emenda constitucional em alegada violação a normas do Regimento Interno daquela casa legislativa e ao art. 60, § 5.°, da CF ('A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.'). Reconhecendo a existência, em tese, de **direito subjetivo dos impetrantes-parlamentares a não serem compelidos a participar de processo legislativo que se tenha por contrário à Constituição**, o Tribunal afastou a preliminar de carência de ação suscitada nas informações da autoridade apontada como coatora. Prevaleceu, de outra parte, o entendimento de que **as questões**

regimentais levantadas pelos impetrantes estariam imunes ao controle judicial, por estarem compreendidas, em princípio, no conceito de *interna corporis*. Contra: os votos dos Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Celso de Mello — que dele conheciam integralmente —, e dos Ministros Carlos Velloso e Octavio Gallotti — que dele não conheciam —, o mandado de segurança foi conhecido em parte, nos limites do fundamento constitucional. Precedentes citados: MS 20257 (RTJ 99/1031); MS 21754 (AgRg) (Pleno, 7.10.93); MS 21648 (Pleno, 5.5.93); MS 22183 (Pleno, 5.4.95). ***MS 22.503-DF***, Rel. orig. Min. Marco Aurélio; Rel. p/ ac. Min. Maurício Corrêa, 8.5.96".

[53] Cf. a íntegra da decisão em **Inf. n. 483/STF**, tendo sido a decisão publicada no *DJU* de 16.10.2007.

[54] Nesse sentido, Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, p. 41; Celso Bastos, *Curso de direito constitucional*, p. 397; Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, t. 1, p. 90; e Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 9. ed., p. 562. José Afonso da Silva, de maneira mais abrangente, observa que "o *controle político* é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio *Poder Legislativo*, solução predominante na Europa no século passado; ou um órgão especial, como o *Presidium do Soviete Supremo*, da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63)" (*Curso de direito constitucional positivo*, 17. ed., p. 51).

[55] Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed., p. 42-43.

[56] Alfredo Buzaid, em lapidar lição, já dizia, em 1958, que o controle de constitucionalidade no Brasil era exercido em duas modalidades: "*a*) pelo controle difuso, no processo comum, quando a parte alega, como fundamento da ação ou da defesa, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo: esta arguição é feita *incidenter tantum* e constitui sempre *questão prejudicial*; *b*) pelo sistema concentrado, por meio de ação direta, intentada pelos legitimados pela Constituição, em que o objetivo próprio do processo é a declaração da inconstitucionalidade" (apud Ada Pellegrini Grinover, Controle de constitucionalidade, *Revista de Processo*, 90/11).

[57]"EMENTA: É constitucional decreto de chefe de poder executivo estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do poder executivo. Constitucionalidade do Decreto n. 7.864, de 30 de

abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo. Representação julgada improcedente" (**Rp 980/SP**, Rel. Min. Moreira Alves, j. 21.11.1979, Pleno, *DJ* de 19.09.1980, p. 7202, *RTJ* 96-03/496). Nesse mesmo sentido, ainda: "O Poder Executivo não é obrigado a cumprir leis que considere inconstitucionais" (**Recurso de MS n. 13.950**, j. 10.10.1968, Min. Amaral Santos, *RDA* 97/116).

[58] Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2. ed., p. 317 e s.

[59] Nesse sentido, cf. L. R. Barroso, O controle..., 2. ed., p. 71; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed., p. 247-248; e Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, p. 216 e ss.

[60] Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, 4. ed., p. 815.

[61] José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12. ed., v. 5, p. 30.

[62]John Marshall, *Decisões constitucionais de Marshall*, p. 22 (texto adaptado para o português moderno).

[63] Idem, p. 29.

[64] Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal*, 2. ed., p. 66.

[65] Nos termos do art. 93, XI, da CF/88, na redação dada pela EC n. 45/2004, nos tribunais com número superior a 25 julgadores, poderá ser constituído **órgão especial**, com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, **provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno**.

[66]*Direito constitucional*, v. 2, p. 417, item n. 140.

[67] Como vimos acima, a regra geral é a do art. 97 da CF/88. Confira a ementa: "Controle difuso de constitucionalidade de norma jurídica. Art. 97 da Constituição Federal. — A declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica *incidenter tantum*, e, portanto, por meio do **controle difuso de constitucionalidade**, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no **caso concreto**, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica *incidenter tantum* quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em **controle difuso por Tribunal**, só pode declará-la, em face do disposto no

artigo 97 da Constituição, o **Plenário dele ou seu Órgão Especial**, onde este houver, pelo voto da **maioria absoluta** dos membros de um ou de outro. No caso, não se observou esse dispositivo constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE 179.170/CE, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 30.10.1998, p. 15, *Ement.* v. 01929-03, p. 450, j. 09.06.1998 — Primeira Turma).

[68] Lúcio Bitencourt, *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*, p. 43-46.

[69]Nesse mesmo sentido, a 2.ª Turma do STF também se manifestou, em acórdão proferido no Ag. 168. 149 (Ag. Rg.), Rel. Min. Marco Aurélio, *RTJ* 162/765: "EMENTA: *Inconstitucionalidade — Incidente — Deslocamento do processo para o Órgão Especial ou para o Pleno — Desnecessidade*. Versando a controvérsia sobre **ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República** — o Supremo Tribunal Federal — descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a **racionalidade**, como também implica **interpretação teleológica do artigo 97** em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que **nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo**" (original sem grifos).

[70] "EMENTA: *Processo civil. Controle difuso da constitucionalidade. Princípio da reserva de plenário*. O juiz singular pode deixar de aplicar lei inconstitucional; os órgãos fracionários dos tribunais, não — porque, mesmo no âmbito do controle difuso da constitucionalidade, os tribunais só podem deixar de aplicar a lei pelo seu plenário ou, se for o caso, pelo respectivo órgão especial (CF, art. 97), observado o procedimento previsto no artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil, salvo se já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (CPC, art. 481, parágrafo único). Recurso especial conhecido e provido" (REsp 89.297/MG (1996/0012088-9), *DJ* de 07.02.2000, p. 151, Rel. Min. Ari Pargendler, 3.ª Turma do STJ — no mesmo sentido, cf. AG 353.520, Min. Gilson Dipp; *DJ* de 16.02.2001, 5.ª Turma do STJ).

[71]O art. 143, *caput,* do *RISTF* estabelece que o Plenário se reunirá com a presença mínima de 6 Ministros, sendo dirigido pelo Presidente do Tribunal. O parágrafo único do referido artigo acrescenta que o ***quorum*** para a **votação de matéria constitucional** e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral

é de **8 Ministros**. Temos, então, um *quorum* regimental superior de instalação da sessão de julgamento de 8 Ministros, ao passo que a lei será declarada inconstitucional, pela maioria absoluta, conforme o art. 97 (lembre-se de que o STF é composto por **11 Ministros**).

[72] Nesse sentido, Pontes de Miranda observa que "a Constituição não distingue, aí, leis ou outros atos (dos poderes públicos) *federais ou estaduais*, territoriais, distritais ou municipais. Os pressupostos são apenas o de se tratar de regra jurídica e o de haver o Supremo Tribunal Federal julgado, por decisão definitiva, inconstitucional" (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, II, p. 284). Para se ter um exemplo de suspensão de lei estadual, cf. a **RSF n. 12/2006**, que suspende a execução da Lei estadual n. 11.564, de 18 de agosto de 1998, do Estado de Pernambuco, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos de Ação Originária n. 864-6 — Pernambuco. Para um exemplo de suspensão de lei municipal, cf. **RSF n. 13/2006**, que suspende a execução do art. 7.º, I e II, e do art. 27 da Lei municipal n. 6.989, de 29 de dezembro de 1966, do Município de São Paulo, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n. 210.586-4/São Paulo.

[73] Lembramos que a **EC n. 45/2004**, nos termos de seu art. 4.º, extinguiu os Tribunais de Alçada existentes. Sobre o assunto, cf. análise no *item 11.16*.

[74]*Elementos de direito constitucional*, p. 44.

[75]Este entendimento é **majoritário**, destacando-se, conforme levantamento feito por Clèmerson Merlin Clève, a doutrina de Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari (C. M. Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 122). Confira, também, Ada Pellegrini Grinover (Controle da constitucionalidade, RePro 90/12). No mesmo sentido, apesar de não declarar expressamente o seu entendimento, parece ser a posição de Alfredo Buzaid (*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 88-90). Em sentido contrário, entendendo o efeito ***ex tunc***, cf. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 122-125, que, após interessante compilação, na mesma linha de seu entendimento, destaca Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Napoleão Nogueira da Silva e Marcelo Caetano.

[76] Todo o conteúdo deste título foi retirado, com algumas adaptações, de Pedro Lenza, *Coisa julgada* erga omnes: processo coletivo, controle de constitucionalidade e súmula vinculante (no prelo, originalmente defendido como

tese de doutorado — USP).

[77]**RE 197.917/SP**, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno, *DJ* de 07.05.2004, p. 8. Cf., ainda, *Inf. 398/STF*, ADI 3.345 e 3.365.

[78]**HC 82959/SP**, Rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006 (*Inf. 418/STF*).

[79] Cf. interessante trabalho de Fredie Didier Jr., discutindo o que o autor denominou **"objetivação"** do recurso extraordinário, Transformações do recurso extraordinário, in Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.), *Processo e Constituição,* passim.

[80] A. Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 23-24.

[81] A. P. Grinover, Controle da constitucionalidade, *RePro* 90/11. Nesse sentido, cf. Rui Barbosa, *Actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, p. 99.

[82]**REsp 763.812/RS**, Rel. Min. Gilson Dipp, 5.ª Turma, j. 06.10.2005, *DJ* de 24.10.2005, p. 378: "*Ementa*: (...) II. Já tendo havido manifestação do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072/90, a deliberação do Órgão Especial do Tribunal *a quo* sobre o tema se faria absolutamente desnecessária".

[83] Interessantíssima a análise de Zavascki, pedindo-se vênia para transcrever parte de seu voto que, como será visto, coincide com o seu entendimento doutrinário sobre a matéria: **REsp 828.106/SP**, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª Turma, j. 02.05.2006, *DJ* de 15.05.2006, p. 186: "(...) 6. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. **Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ** (CPC, art. 481, § único: 'Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão'), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1.º, redação da Lei 11.232/05...). Sob esse enfoque, **há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal**. Merece aplausos

essa **aproximação**, cada vez mais evidente, do **sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado**, que se generaliza também em outros países (SOTELO, José Luiz Vasquez. *A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law', Temas atuais de direito processual ibero-americano* , Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374; SEGADO, Francisco Fernandez. *La obsolescencia de la bipolaridad 'modelo americano-modelo europeo kelseniano' como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa*, apud Parlamento y Constitución, Universidad de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), n. 6, p. 1-53). No atual estágio de nossa legislação... é **inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição**. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes...".

[84] G. F. Mendes, O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, *RIL*, 162/165.

[85] T. A. Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 135-136.

[86] C. A. L. Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 134.

[87] Referido voto pode ser encontrado em *Notícias/STF*, 29.08.2005 — 16h46.

[88] Em outra passagem: "Torna-se relevante salientar, na linha do que destacou o eminente Ministro *Gilmar Mendes*, que esta **Suprema Corte deu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917/SP**. Esse aspecto assume relevo indiscutível, pois permite examinar a presente controvérsia constitucional em face do denominado **efeito transcendente dos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no julgamento plenário do RE 197.917/SP**, Rel. Min. *Maurício Corrêa*, especialmente em decorrência das intervenções dos eminentes Ministros *Nelson Jobim*, *Gilmar Mendes* e *Sepúlveda Pertence*. Cabe referir, em particular, neste ponto, a intervenção do eminente Ministro *Gilmar Mendes*, que ressaltou a **aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria 'ratio decidendi' que motivou o julgamento do precedente mencionado**" (ADIs 3.345 e 3.365).

[89]89 Recomendamos a leitura da íntegra do voto do Ministro Gilmar Mendes, que pode ser encontrada em *Notícias STF*, 1.º.02.2007 — 20h08.

[90] Em suas palavras, "... teriam razão os ilustres autores (referindo-se a Lúcio Bittencourt e Castro Nunes) se, no litígio constitucional, o objeto do processo fosse

a lei em si, não o direito subjetivo da parte; nestas condições, a coisa julgada, transcendendo os limites da demanda, abrangeria a todos. Mas enquanto os juízes resolvem *in casu* o direito particular, ameaçado ou violado por ato ilegal da legislatura ou do executivo, os efeitos do julgado valem *inter partes*, não se estendendo *erga omnes*". A única maneira de se estender os efeitos da decisão *erga omnes* seria mediante **resolução do Senado Federal**, que suspenderia a execução da lei, cassando, em definitivo, a sua **eficácia** (A. Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 87-88).

[91] Alguns julgados já vinham aplicando o entendimento do HC 82.959. Porém, como advertiu o Min. Menezes Direito, no HC 94.025, esse posicionamento decorria da orientação consolidada no STF (**princípio da individualização da pena**, alguns Ministros concedendo HC de ofício, outros implementando a abstrativização), aplicada, por prudência, até o julgamento final da **Rcl 4.335**. "Progressão de regime prisional. Fato anterior à Lei 11.464/07. (...) A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072/90. O julgamento do STF em **processos subjetivos**, relacionados ao caso concreto, **não alterou a vigência da regra contida no art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072/90** (na sua redação original). Houve necessidade da edição da Lei n. 11.464/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. **Contudo**, levando em conta que — **considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP** — o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei n. 11.464/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, **levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada**. No mesmo sentido: HC 94.025/SP, Rel. Min. Menezes Direito, 1.ª Turma, *DJ* 03.06.2008" (RHC 91.300, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 05.03.2009, Plenário, *DJE* de 03.04.2009). No mesmo sentido: HC 98.449, HC 96.586, HC 94.258, HC 92.410 etc.

[92] I. G. da S. Martins, G. F. Mendes, C. V. do Nascimento (Coord.), *Tratado de direito constitucional*, v. 1, p. 319.

[93] Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 569-570.

[94] Como se sabe, a **Res. n. 230/2002** do STF dispõe sobre as **siglas** dos registros processuais no âmbito da Suprema Corte. Assim, para referida ação, a sigla que vem sendo utilizada é, indistintamente, **IF**, ou seja, **Intervenção Federal**.

Entendemos, contudo, que o STF deverá adequar à nomenclatura fixada no art. 36, III, CF/88, e na Lei n. 12.562/2011, qual seja, **representação interventiva** e, assim, propomos a utilização da sigla **RI**.

[95] Ada Pellegrini Grinover, *Controle da constitucionalidade*, p. 12.

[96] Conforme advertem David Araujo e Serrano Nunes, "nem toda resolução ou decreto legislativo podem ser objeto de controle concentrado, já que podem não constituir atos normativos. Por exemplo, a resolução que autoriza o processo contra o Presidente da República, prevista no inciso I do art. 51 da Constituição, não está revestida de **abstração e generalidade**, o que impede o seu controle. Da mesma forma, a autorização para que o Presidente da República se ausente do País por mais de quinze dias, prevista no art. 49, III, não tem qualquer **generalidade e abstração**, constituindo, portanto, **ato concreto e impossível de ser controlado pelo controle concentrado**" (*Curso de direito constitucional*, 4. ed., p. 42).

[97]*Direito constitucional*, p. 559.

[98] Idem, ibidem, p. 558.

[99] Cf. posicionamento de Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 146.

[100] "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a **excepcionalidade** por escrito, sob pena de **responsabilidade** disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado" (Sessão Plenária de 13.08.2008).

[101]"Emenda Constitucional emanada de Constituinte derivado pode ser declarada inconstitucional pelo STF, cuja função precípua é de guardião da CF" — ADI 939, *RTJ* 151/755 — cf. anotações ao Regimento Interno do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br> (ícone *legislação — regimento interno atual*).

[102]*RTJ* 131/954 — cf. anotações ao Regimento Interno do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br> (ícone *legislação — regimento interno atual*).

[103] Conferir análise da utilização de medida provisória em matéria orçamentária no *item 9.14.4.9*.

[104] O tema é extremamente importante e vem sendo discutido pelo STF em outros casos, como, por exemplo, na **ADI 4.365,** ajuizada em **31.12.2009** e que

contesta a MP n. 477/2009, posteriormente convertida na Lei n. 12.240/2010, que abre créditos extraordinários de R$ 18 bilhões, 191 milhões e 723 mil para diversos órgãos e entidades do Poder Executivo. A MP também reduz o Orçamento de Investimento de diversas empresas no valor global de pouco mais de R$ 5 bilhões, 736 milhões e 743 mil. Veja, também, a discussão na **ADI 4.046**. Os pareceres da PGR são no sentido de se retomar o entendimento anterior, qual seja, que não cabe ADI tendo por objeto ato de efeito concreto, qual seja, MP que abre crédito extraordinário. Até o fechamento desta edição (**02.02.2012**), referidas ADIs não tinham sido julgadas (**matéria pendente de julgamento pelo STF**).

[105] Medida Cautelar em ADI 129, j. 28.08.1992.

[106]*Direito constitucional,* p. 564, referindo-se à *RTJ* 142/718.

[107] Mesmo antes da **EC n. 45/2004** entendíamos que os tratados internacionais veiculadores de direitos humanos fundamentais ingressavam no ordenamento interno, por força do art. 5.º, § 2.º, da CF/88, com o caráter de norma constitucional, enquanto outros tratados internacionais, de natureza diversa, com o caráter de norma infraconstitucional. Sobre nossa posição, consultar Pedro Lenza, As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, p. 199-216, out./dez. 1998; também *O direito e os desafios da contemporaneidade*.

[108] Dentre tantos julgados indicadores dessa primeira análise (que será superada), cf.: *RTJ* 149/479; *RTJ* 136/230; *RTJ* 135/111; *RTJ* 121/270; *RTJ* 84/724; *RTJ* 82/129; *RT* 739/290; *RT* 733/254; *RT* 727/102; *RT* 724/330; HC 68.582; HC 69.254; *RTJ* 141/570; HC 72.131; HC 70.625; HC 72.366; HC 70.338; HC 71.159; HC 71.933; HC 71.739; HC 72.171; HC 72.621; HC 75.512-7/SP; HC 75.362-1/PR, STF. Cf., ainda, *Inf. 48/STF* e o precedente da ADI 1.480-DF (*RTJ* 174/335-336, Rel. Min. Celso de Mello).

[109] Cf. **Inf. n. 531/STF**, assim como **RE 349.703** e, no julgamento do **HC 87.585**, o **cancelamento** da **S. 619/STF** ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito").

[110] Araujo e Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 34.

[111]**Guerreiros concurseiros**, vamos em frente, muita determinação para a prova oral!

[112]*RTJ* 133/8 e questão de ordem na ADI 612, j. 03.06.1993, *DJ* de 06.05.1994, disponível em: <http://www.stf.jus.br> (ícone *legislação — regimento interno*

atual).

[113] Estudamos melhor este tema quando tratamos do poder constituinte.

[114] Cf.: *RTJ* 152/731-732, Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 153/13, Rel. Min. Moreira Alves; *RTJ* 154/396, Rel. Min. Celso de Mello; *RTJ* 154/401, Rel. Min. Paulo Brossard; *RTJ* 160/145, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 117/PR, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 437/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 17.08.1994; ADI 519/DF, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 747/TO, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 2.263/SE, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 3.032-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 04.03.2004, p. 50; ADI 1.468-4/DF, j. 30.11.2004 etc.

[115] ADI (QO-QO) 1.244-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 23.04.2003 (*Inf. 305/STF*) (**matéria pendente de julgamento**). O candidato deverá acompanhar essa ADI, já que poderá haver mudança de entendimento do STF. Concordamos com a nova linha que se vislumbra. Entendemos interessante expor esse posicionamento em fase escrita e oral, o que mostrará bastante conhecimento à banca examinadora! Para aprofundamento, nessa linha, cf., também, o voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 4.426. **Sucesso!**

[116] Nesse sentido: "a revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos. Precedentes". (**ADI 1.445-QO**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.11.2004, Plenário, *DJ* de 29.04.2005.) No mesmo sentido: ADI 1.298 e ADI 1.378, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 13.10.2010, Plenário, *DJE* de 09.02.2011; ADI 709, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 07.02.1992, Plenário, *DJ* de 24.06.1994.

[117] Em relação à expressão "bloco de constitucionalidade", cf. Louis Favoreu, Francisco Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad:* simposium franco-español de derecho constitucional, p. 19-21 e s. No direito brasileiro, indispensável a leitura do trabalho de Juliano Taveira Bernardes, *Controle abstrato de constitucionalidade:* elementos materiais e princípios processuais, p. 124-162.

[118] Juliano Taveira Bernardes, *Controle abstrato de constitucionalidade*, p. 134. No voto proferido na *ADI 595-ES* (*Inf. 258/STF*), o Ministro Celso de Mello, muito embora indique a tendência reducionista, não nos parece ter fechado as portas para a perspectiva ampliativa de "bloco de constitucionalidade" ("ordem constitucional global"). *Este tema parece ser bastante interessante para a fase*

escrita ou oral!

[119] Sobre essa nova sistemática, cf. *item 9.14.5.2.2*. Em relação à ampliação da noção de "bloco de constitucionalidade" com a **Reforma do Judiciário**, cf. José Carlos Francisco, Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, p. 99.

[120] Sobre o assunto, cf. Pedro Lenza, *Coisa julgada* erga omnes: processo coletivo, controle de constitucionalidade e súmula vinculante (no prelo).

[121] Sobre o assunto, cf. ADI 2.729/RN, Rel. Min. Eros Grau, 16.11.2005 (*Inf. 409/STF*); ADI 2.797/DF e ADI 2.860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15.09.2005 (*Inf. 401/STF*); *RTJ* 189/469-470, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 2.728/AM, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 2.982-QO/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes.

[122] "Por entender caracterizada a ofensa ao art. 22, XX, da CF, que confere à União a competência privativa para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 12.343/2003 e, por arrastamento, do Decreto 24.446/2002, ambos do Estado de Pernambuco, que dispõem sobre o serviço de loterias no âmbito da referida unidade federativa" (*Inf. 452/STF*).

[123] Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino, *Controle de constitucionalidade*, p. 188.

[124] Nesse sentido, observa Canotilho que, em relação ao controle de constitucionalidade em abstrato, "(...) podem existir **'inconstitucionalidades consequenciais** ou por **arrastamento'** justificadas pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados (...)" (J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed., item n. 3, p. 1046-1047). Cf., ainda, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 2. ed., Coimbra, 1987, t. 2, p. 297, item n. 73/VI, e Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed., p. 56 — "a inconstitucionalidade **antecedente** ou **imediata** decorre da violação, direta e imediata, de uma norma constitucional por uma lei ou ato normativo. A inconstitucionalidade **consequente** ou **derivada** decorre de um efeito reflexo da inconstitucionalidade antecedente ou imediata" (grifamos).

[125] Em relação ao rito específico dos Juizados, confira regras apresentadas no *item 12.6.6.6*.

[126] Cf. *RTJ* 178/423, Rel. Min. Moreira Alves; RE 196.857-AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 208.798/SP, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 229.810/SP, Rel. Min. Néri da Silveira; RE 295.740/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Recomendamos a leitura do interessante voto do Ministro Celso de Mello, que bem resume a matéria: **AI 339.696/SP**, *DJ* de 12.08.2005, p. 53.

[127] Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 231-232.

[128] Cf. Pedro Lenza, *Coisa julgada* erga omnes: processo coletivo, controle de constitucionalidade e súmula vinculante (no prelo, originalmente defendido como tese de doutorado — USP).

[129] "Art. 18, § 4.º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por **lei estadual**, dentro do **período determinado por lei complementar federal**, e dependerão de **consulta prévia**, mediante plebiscito, às populações dos **Municípios envolvidos**, após divulgação dos **Estudos de Viabilidade Municipal**, apresentados e publicados na forma da lei" (redação dada pela EC n. 15, de 1996). Cf., ainda, **EC n. 57/2008**.

[130] Este entendimento, mesmo diante de flagrante violação ao art. 18, § 4.º, foi tomado na **ADI 3.316/MT** contra a Lei n. 6.983/98, do Estado do Mato Grosso, que cria o Município de Santo Antônio do Leste, a partir de área desmembrada do Município de Novo São Joaquim, e na **ADI 3.489/SC** contra a Lei n. 12.294/2002, do Estado de Santa Catarina, que anexa ao Município de Monte Carlo a localidade Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos (cf. *Inf. 427/STF*).

[131] Esquematização elaborada com base no voto do Ministro Eros Grau que pode ser encontrado em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/adi2240.pdf>, ou em *Notícias STF*, 18.05.2006 — 20h12.

[132]Quanto à necessidade de **lei complementar federal** fixando o período para a criação de novos Municípios, cf. ADI 2.381-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20.06.2001, *DJ* de 14.12.2001; ADI 2.967, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.02.2004, *DJ* de 19.03.2004; ADI 3.013, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 12.05.2004, *DJ* de 04.06.2004. Sobre a indispensabilidade do *plebiscito às populações diretamente interessadas*, cf. ADI 2.812, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 09.10.2003; ADI 2.702, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.11.2003, e ADI 2.632-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 29.08.2003.

[133] O STF, no julgamento da ADI 2.395, que discutia a constitucionalidade da redação conferida ao art. 18, § 4.º, pela EC n. 15/96, adotou "... a orientação

fixada pela Corte no julgamento da **ADI 2.381/RS** (*DJU*, 14.12.2001), em que se declarou a constitucionalidade da EC 15/96, afastando-se a alegada ofensa ao princípio federativo (CF, art. 60, § 4.º, I). Asseverou-se que a EC 15/96 foi elaborada com o escopo de acabar com a crescente proliferação de municípios verificada no período pós-88, com base na redação originária do art. 18, § 4.º, da CF, que criava condições propícias para que os Estados desencadeassem o processo de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios por leis próprias, respeitados parâmetros mínimos definidos em lei complementar, também estadual. Vencido o Min. Marco Aurélio que, por vislumbrar ofensa ao art. 60, § 4.º, I, da CF, julgava procedente o pedido" (ADI 2.395/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 09.05.2007, *Inf. 466/STF*).

[134] "CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE — ARTIGO 3.º, § 1.º, DA LEI N. 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 — EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro **não contempla a figura da constitucionalidade superveniente**. TRIBUTÁRIO — INSTITUTOS — EXPRESSÕES E VOCÁBULOS — SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL — PIS — RECEITA BRUTA — NOÇÃO — INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ARTIGO 3.º DA LEI N. 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional n. 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1.º do artigo 3.º da Lei n. 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada" (**RE 390.840**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.11.2005, *DJ* de 15.08.2006).

[135]**ADI 3.685**, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.03.2006, *DJ* de 10.08.2006.

[136] Observe-se, apenas, que, conforme apontou o Ministro Moreira Alves, na hipótese de tramitação simultânea de ações, uma buscando declarar a inconstitucionalidade de **lei estadual** perante o STF (confrontação da lei estadual perante a CF) e outra perante o TJ local (confrontação da lei estadual perante a CE), tratando-se de norma repetida da CF na CE, **suspende-se o curso da ação proposta no TJ local até julgamento final da ação intentada no STF** (STF, Pleno, ADI 1.423/SP, *DJ* 1, de 22.11.1996, p. 45684).

[137]*Curso de direito constitucional*, p. 32.

[138] Nesse sentido, **S. 642/STF, 24.09.2003:** "não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal".

[139] Registro do Acórdão n. 111.897, data de julgamento: 1.º.09.1998; órgão julgador: Conselho Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* de 02.06.1999, p. 14.

[140] M. C. de Almeida Neto, *O novo controle de constitucionalidade municipal*, p. 143.

[141] A. R. Tavares, *Curso*... 8. ed., p. 476.

[142]A legitimação é apenas para a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados (art. 57, § 4.º). **A Mesa do Congresso Nacional (art. 57, § 5.º) não tem legitimidade para a propositura da ADI**.

[143] O STF já admitia, antes da EC n. 45/2004 e da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, a propositura pela Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

[144] O STF já admitia, antes da EC n. 45/2004 e da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, a propositura pelo Governador do Distrito Federal.

[145] O STF decidiu que a exigência de representação do partido político no Congresso Nacional é preenchida com a existência de apenas um parlamentar, em qualquer das Casas Legislativas. A representação do partido político na ação dar-se-á pelo **Diretório Nacional** ou pela **Executiva do Partido**, de acordo com a sua constituição, não admitindo a legitimidade ativa ao Diretório Regional ou Executiva Regional, na medida em que **não podem agir nacionalmente** (STF, ADI 1.449-8/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 1, de 21.05.1996, p. 16877). De acordo com a jurisprudência do STF, convém lembrar que "a perda de representação parlamentar no Congresso Nacional descaracteriza a legitimidade ativa de partido político para prosseguir no processo de ação direta de inconstitucionalidade" (cf. *Infs. STF* ns.. 186, 235 e 299). O STF, contudo, apreciando questão de ordem suscitada pelo Ministro Sepúlveda Pertence na **ADI 2.054**, decidiu, em 20.03.2003, "... que, embora tenha havido, na nova legislatura, a perda de representação parlamentar no Congresso Nacional do autor da ação (o que, em tese, extingue a legitimação do partido político para prosseguir, perante o STF, no polo ativo do processo de controle normativo abstrato), é de se determinar o prosseguimento da ação ante a peculiaridade de que, no início do julgamento da ação, o Partido ainda estava devidamente representado no Congresso Nacional" (*Inf. 301/STF*, de 2003). Segundo Pertence, "... essa circunstância tem (...) relevo decisivo, na medida em que pode, em tese, viabilizar, dadas as circunstâncias, que mediante a desfiliação dos congressistas

que o haviam legitimado à propositura da ação, o partido não apenas obtém resultado equivalente ao da desistência da ação, que lhe é vedada, mas também frustre decisão virtualmente já tomada pelo Tribunal. Basta pensar na hipótese em que a desfiliação ocorra após a manifestação da maioria dos juízes pela constitucionalidade ou não da norma questionada" (*Notícias STF*, 21.03.2003, <www.stf.gov.br>).

[146] Classe ("entidade de classe") deve ser entendida como **categoria profissional**. Nesse sentido, o STF negou legitimidade à União Nacional dos Estudantes (UNE), por entender tratar-se de **classe**

estudantil e não de **classe profissional** (STF, ADI 89-3/DF, Rel. Min. Néri da Silveira). Destacamos, também, a ADI 79, na qual o STF declarou que entende por **entidade de classe de âmbito nacional**, aplicando analogicamente a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, aquela entidade organizada em pelo menos **9 Estados da Federação**. Por outro lado, em relação às **confederações sindicais**, o STF já decidiu que elas deverão preencher os requisitos da legislação pertinente, entre os quais o de ser constituída por, no mínimo, **3 federações sindicais**, nos termos do art. 535 da CLT (ADI 1.121/RS, Rel. Min. Celso de Mello, sessão plenária de 06.09.1995 — *Inf.* 5/STF). Para exemplificar, lembramos, como legitimados ativos, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Confederação Nacional de Saúde (CNS), a Confederação Nacional do Comércio (CNC), todas devendo demonstrar sua pertinência temática. **CUIDADO:** alterando entendimento, o STF passou a admitir ajuizamento de ADI por **"associação de associação"** (cf. análise neste item e, ainda, ADI 3.153 AgR/DF — *Inf. 361/STF*).

[147] Sobre o tema, cf. a ideia da **sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição, desenvolvido no *item 3.9* desse estudo.

[148] Essas regras regimentais foram previstas nos arts. 22 e 23 da Lei n. 9.868/99.

[149] "Ação direta de inconstitucionalidade e prazo decadencial: o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não está sujeito à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Súmula 360. Precedentes do STF" (STF, Pleno, ADI-MC 1.247/PA, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 1, de 08.09.1995, p. 28354).

[150] De acordo com o § 2.º do referido art. 7.º, como já visto acima, o relator, considerando a **relevância da matéria** e a **representatividade dos postulantes**,

poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

[151] No mesmo sentido: **ADI 4.246**, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, j. 10.05.2011, *DJE* de 20.05.2011; **ADI 4.067-AgR**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10.03.2010, Plenário, *DJE* de 23.04.2010; **RE 586.453**; **ADI 4.214**; **ADI 3.978**; **ADI 2.669** etc.

[152] Gustavo Santana Nogueira, Do *amicus curiae*, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 63, p. 13-28. abr./jun. 2005.

[153] Em interessante decisão, o STF admitiu *amicus curiae* nessa hipótese dos Juizados, mas, inclusive, no próprio âmbito do STF (cf. *Inf. 402/STF*, RE 416.827/SC e 415.454/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 21.09.2005).

[154]"Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado 'in concreto' se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (*v. g*.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional" (Gilmar Ferreira Mendes. *Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_06/processo_julgamento.htm>)

[155] "A EC 3/93... ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, prescreveu que a decisão definitiva de mérito nela proferida — incluída, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada —, 'produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do

Poder Executivo...’. A partir daí, é mais que razoável sustentar que, **quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade**. E, onde haja eficácia vinculante, caberá reclamação para assegurá-la” (Rcl 621/RS, Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 1.º.09.1996, p. 25367. *Vide* também voto em ADCQO-1). Segundo David Araujo e Serrano Nunes, de maneira mais restritiva, referidos efeitos vinculantes só caberiam à ADC, concluindo nos seguintes termos: “portanto, entendemos que o dispositivo só poderia ser aplicado às ações declaratórias de constitucionalidade, não podendo se estender às ações diretas de inconstitucionalidade, por ausência de efeito vinculante no texto constitucional (o que ocorre com a declaratória)” (*Curso*..., cit., 4. ed., p. 47-48).

[156] Cf.: **Rcl (AgR-Q O) 1.880-SP**, Rel. Min. Maurício Corrêa, 06.11.2002, e ***Inf. 289/STF*** de 04 a 08.11.2002.

[157]**2/3** de **11** Ministros equivale a (2 X 11) ÷ 3 = 7,333333333... Como o art. 27 da Lei n. 9.868/99 falou em *quorum* de 2/3, deve ser entendido no mínimo 2/3. Arredondando o resultado para baixo, teríamos um número inferior a 2/3. Logo, devemos arredondá-lo para cima, e o *quorum* será de pelo menos **8 Ministros**, lembrando o *quorum* de **instalação da sessão de julgamento**, também de **8 Ministros** (art. 22 da Lei n. 9.868/99).

[158]Cf. *RTJ* 151/331. De acordo com as anotações jurisprudenciais de Luís Roberto Barroso, “ainda no regime constitucional anterior, o STF, no julgamento do Processo Administrativo 4.477/72, estabeleceu o entendimento de que a **comunicação ao Senado** (acrescente-se, art. 52, X), **somente é cabível na hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade**, isto é, na apreciação de **caso concreto**. No **controle** por via **principal concentrado, a simples decisão da Corte, por maioria absoluta, já importa na perda de eficácia da lei ou ato normativo”** (STF, *DJU* de 16.05.1977, p. 3123 — grifamos).

[159] Conforme o meu leitor atento tem conhecimento, o *Decreto-lei n. 4.657/42* introduziu em nosso ordenamento a então denominada *LICC (Lei de Introdução ao Código Civil)*, que, à época, já extrapolava o direito civil, seja por regular a validade, eficácia, vigência, interpretação, revogação das normas, seja por definir conceitos amplos como o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, o direito adquirido, seja, de modo geral, por apresentar um inegável caráter universal, aplicando-se aos demais “ramos” do direito. Por esse motivo, a **Lei n. 12.376/2010** passou a denominá-la **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)**, mantendo intacto o seu conteúdo.

[160] Todo o conteúdo desse *item 6.7.1.17.4* foi retirado, com algumas adaptações, de Pedro Lenza, *Coisa julgada* erga omnes: processo coletivo, controle de constitucionalidade e súmula vinculante (no prelo, originalmente defendido como tese de doutorado — USP).

[161] Para uma interessante crítica terminológica, cf. J. C. Barbosa Moreira, Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 62/43-44.

[162] “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V — violar literal disposição de **lei**”. Barbosa Moreira, na linha de interpretação já sustentada por Pontes de Miranda (*Comentários ao CPC — de 1973,* t. VI, p. 233; *Tratado da ação rescisória*, 5. ed., p. 299), defende que **“lei”** deve ser interpretada em **sentido amplo**, compreendendo, portanto, além das espécies normativas do art. 59 da CF/88, a própria **Constituição** (cf. J. C. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil:* Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, 12. ed., v. V, p. 130-1).

[163] Em sentido contrário, restringindo o cabimento da ação somente na hipótese de superveniente declaração de **inconstitucionalidade** (procedência da ADI ou improcedência da ADC), cf. A. P. Grinover, Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional, *RePro* 87/45-47.

[164] S. 343/STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

[165] I. G. da S. Martins, G. F. Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade:* comentários à lei n. 9.868, de 10.11.99, p. 405-406 e 526.

[166] Pedro Lenza, *Coisa julgada* erga omnes: processo coletivo, controle de constitucionalidade e súmula vinculante (no prelo, originalmente defendido como tese de doutorado — USP).

[167] Em **30.05.2006**, o Conselho Federal da OAB, com pedido de liminar, ajuizou a **ADI 3.740**, buscando declarar a inconstitucionalidade dos aludidos dispositivos legais, tendo por fundamento os princípios da **segurança jurídica** e da **autoridade do Poder Judiciário** (*Notícias STF, 1.º.06.2006*). Referida ADI foi distribuída por prevenção à **ADI 2.418**, também ajuizada pelo Conselho Federal da OAB e que objetivava a declaração de inconstitucionalidade do art. 741, parágrafo único, na redação dada pela MP n. 2.180-35/2001. Pela inconstitucionalidade, bastante convincente o estudo de Flávio Luiz Yarshell, *Ação rescisória:* juízos rescindente e rescisório, p. 254-258 **(matéria pendente de**

julgamento pelo STF).

[168]Nesse sentido, cf. AI 723.357/RS, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 593.160/RN, Rel. Min. Eros Grau; RE 486.579-AgR-AgR/RS, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 592.912/RS, Rel. Min. Celso de Mello; RE 504.197-AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 443.356-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 473.715-AgR/CE, Rel. Min. Ayres Britto; RE 431.014-AgR/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[169] Isso significa que, no **período do recesso**, o **Presidente do Tribunal** será o competente para apreciar a medida cautelar. Mas, como salientou o Ministro Carlos Velloso, "... o presidente do Tribunal, no **recesso**, competente para despachar o pedido de cautelar, somente deverá fazê-lo em caso de **efetiva necessidade**, vale dizer, na **ocorrência da possibilidade de perecimento de direito**". E durante as **férias seria também possível despachar e, se for o caso, conceder o pedido de cautelar?** Segundo o ilustre Ministro, "... outra questão se apresenta: o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal distingue **recesso** de **férias**. Estabelece o art. 13, VIII, que são atribuições do Presidente decidir, nos períodos de recesso ou de férias, pedido de medida cautelar. E mais: o art. 78 do mencionado Regimento Interno dispõe que 'o ano judiciário no Tribunal divide-se em dois períodos, recaindo as férias em janeiro e julho'. O § 1.º do mencionado art. 78 conceitua o recesso: 'Constituem recesso os feriados forenses compreendidos entre os dias 20 de dezembro e 1.º de janeiro, inclusive'. Acrescenta o § 2.º que, 'Sem prejuízo do disposto no inciso VIII do art. 13, suspendem-se os trabalhos do Tribunal durante o recesso e as férias, ...'. E o § 3.º novamente se refere ao recesso e às férias: 'Os Ministros indicarão seu endereço para eventual convocação durante as férias ou recesso'. *Ora, a Lei 9.868, de 10.11.99, somente ressalva o período de recesso, ao prescrever, conforme vimos, que, 'Salvo no período de recesso, ...'. É dizer, a Lei 9.868, de 1999, art. 10, somente permite a concessão da medida cautelar, pelo presidente do Tribunal, no período de recesso do Tribunal*. Admito que, ocorrente, durante as **férias**, em ação direta, a *possibilidade de perecimento do direito, será lícito ao presidente despachar o pedido e concedê-la, se for o caso*. Fora daí, entretanto, não me parece possível, tendo em consideração o art. 10 da Lei 9.868/99 e os dispositivos regimentais indicados, que distinguem período de recesso de período de férias" (ADI-2380/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 07.02.2001, p. 13).

[170] Cf.: **Rcl (AgR-QO) 1.880-SP**, Rel. Min. Maurício Corrêa, 06.11.2002 (*Inf. 289/STF 289*, de 04 a 08.11.2002, *DJ* de 19.03.2004).

[171] Sobre a nova perspectiva da **súmula vinculante**, cf. *item 11.14*.

[172] Cf. **Rcl 336/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.12.1990, Pleno, *DJ* de 15.03.1991, p. 2644, *RTJ* 134-03/1033.

[173] A. P. Grinover, Da reclamação, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 38/80.

[174] Pedro Lenza, *Coisa julgada* erga omnes: processo coletivo, controle de constitucionalidade e súmula vinculante (no prelo, originalmente defendido como tese de doutorado — USP).

[175] A. P. Grinover, Da reclamação, p. 79-81. Enfocando a **constitucionalidade** da previsão do instituto da reclamação no Regimento Interno do TJSP, cf. A. P. Grinover, A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais, *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, 10/1-9. Sobre o assunto, cf., ainda, C. R. Dinamarco, A reclamação no processo civil brasileiro, *Revista do Advogado*, 61/104-110, e G. S. F. Góes, A reclamação constitucional, in Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, p. 123-145. Sobre a previsão da reclamação no âmbito do Regimento Interno do TJ Estadual, "... o Tribunal, por maioria, acompanhou o voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, relatora, no sentido de julgar improcedente o pedido, afastando a alegada ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I), por entender que, de acordo com o **princípio da simetria**, a Constituição estadual pode autorizar a utilização do instituto da reclamação pelo tribunal de justiça, a teor do disposto no art. 125 da CF. O Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, salientou que a utilização da reclamação no âmbito da justiça estadual insere-se no **poder implícito a ela conferido para assegurar efetividade às próprias decisões**. Vencidos os Ministros Maurício Corrêa, Moreira Alves e Sydney Sanches, que julgavam procedente o pedido. ADI n. 2.212-CE, Rel. Ministra Ellen Gracie, 02.10.2003 (ADI-2212)" (original sem grifos — cf. *Inf. 323/STF*).

[176] "ADI: dispositivo do RI do TJ/PB (art. 357), que admite e disciplina o processo e julgamento de reclamação para preservação da sua competência ou da autoridade de seus julgados: ausência de violação dos artigos 125, *caput,* e § 1.º e 22, I, da Constituição Federal. O STF, ao julgar a ADI 2.212 (Pl. 2-10-03, Ellen, *DJ* 14-11-2003), alterou o entendimento — firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (*v. g.*, Rp 1.092, Pleno, Djaci Falcão, *RTJ* 112/504) — do monopólio da reclamação pelo STF e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica (**situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5.º, XXIV, da**

Constituição Federal) e com os princípios da simetria (art. 125, *caput*, e § 1.º) e da efetividade das decisões judiciais, é **permitida a previsão da reclamação na Constituição Estadual** (...)" (ADI 2.480, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Cf., ainda, *Inf. 462/STF*.

[177] Conforme salientou o Ministro Sydney Sanches, "trata-se de **competência** cujo exercício ainda **depende de Lei**. 4. Também não compete ao STF elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da CF). 5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1.º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5.º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, '*sub judice*', no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente, acrescente-se, nos termos da Lei n. 12.376/2010, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*), segundo o qual 'quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'. É que não se trata de lei existente e omissa, mas, sim, de lei inexistente. 7. Igualmente não se aplica à hipótese a 2.ª parte do art. 126 do Código de Processo Civil, ao determinar ao Juiz que, não havendo normas legais, recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, para resolver lide '*inter partes*'. Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, **exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito**" (AGRPET 1140/TO, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 31.05.1996, p. 18803, *Ement.* v. 01830-01, p. 1, Pleno).

[178] Gilmar Ferreira Mendes, *Curso*..., 6. ed., p. 1235.

[179] Inédito, especial aos alunos do Curso do Professor Damásio.

[180]*Constituição Federal anotada*, p. 901.

[181]"... A arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos **legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade** (Lei n. 9.882/99, art. 2.º, I), mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da arguição (art. 2.º, § 1.º). Assim posta a questão, porque o autor não é titular da *legitimatio ad causam* ativa, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento..." (Min. Carlos Velloso, ADPF-11/SP, *DJ* de 06.02.2001, p. 294).

[182] Cf. *Notícias STF*, 22.08.2006 — 19h00.

[183]*Vide capítulo 5*, sobre eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

[184] Sobre o assunto, cf. nova posição do STF dada no **MI 712** e discutida nesta obra no *item 14.11.5.4*.

[185] Luís Roberto Barroso, *O controle*..., 2. ed., p. 229-230.

[186] "A ação direta de inconstitucionalidade por omissão fica prejudicada, por perda de objeto, quando **revogada a norma que necessite de regulamentação para sua efetividade**. Com base nesse entendimento, o Tribunal, resolvendo questão de ordem, julgou **prejudicada** ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República em que se pretendia declarar a inconstitucionalidade por omissão do Governador do Estado de São Paulo na adoção de medida necessária para dar efetividade ao art. 241 da CF, no seu texto originário ('Aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do art. 39, § 1.º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 da Constituição'), uma vez que a EC 19/98 deu nova redação ao referido art. 241 da CF, dispondo sobre matéria diversa ('A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços prestados')" (ADI 1.836-SP, Rel. Min. Moreira Alves, 18.06.1998).

[187]*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 230.

[188] O acórdão pode ser encontrado no *site* do STF (http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp), digitando o número 3682; aguardamos as observações e comentários de nossos ilustres leitores para saber qual a melhor interpretação a que chegaram (*pedrolenza@terra.com.br*), apesar do esclarecimento, em 12.09.2008, pelo Ministro Gilmar Mendes, por meio de Ofício ao Presidente da CD, no sentido de se tratar de apelo, fixando-se um parâmetro temporal razoável.

[189] Adiantamos observação a ser feita no capítulo sobre *Federação*, de que a CF/88 extinguiu os Territórios que existiam, permitindo, contudo, a criação de novos Territórios Federais, na hipótese do art. 18, § 3.º (cf. *item 7.8.4*).

[190] Explicita-se que apenas em determinadas hipóteses será necessário o prévio ajuizamento e procedência da ADI interventiva para se decretar a intervenção federal ou estadual. Os arts. 34 e 35 estabelecem situações nas quais se decreta a intervenção sem a aludida representação de inconstitucionalidade.

[191] Clèmerson Merlin Clève, *Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 125.

[192] L. R. Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 3. ed., p. 306.

[193] Conforme anota Buzaid, ao comentar a regra contida no texto de 1946, o constituinte "... empregou a palavra *ato* com significação mais ampla do que a *lei*. Lei é ato oriundo do legislativo. Se toda lei é ato, nem todo ato é lei. O ato, a que alude a regra constitucional, é qualquer ato, oriundo de qualquer dos poderes do Estado, conquanto que ofenda os princípios assegurados no art. 7.º, VII, da Constituição. O intérprete não pode, portanto, limitar onde o legislador manifestamente ampliou, incluindo apenas a *lei* como objeto de apreciação, quando atos dos demais poderes também podem ofender os referidos princípios constitucionais" (*Da ação direta*..., p. 120).

[194] Meu querido leitor, vale a leitura do pedido de intervenção no DF formulado pelo Dr. Roberto Gurgel, PGR, que relata fatos *chocantes* e *estarrecedores*. A sua íntegra poderá ser encontrada em *Notícias STF de 11.02.2010 — 21h08*.

[195] L. R. Barroso, *O controle de constitucionalidade*..., 3. ed., p. 313-314. No mesmo sentido, C. M. Clève, *A fiscalização abstrata*..., p. 105-106.

[196] Gilmar Mendes, *Curso*..., 6. ed., p. 1345.

[197] ADC 1-1/DF, voto do Ministro relator Moreira Alves.

[198]*Vide*, por exemplo, o posicionamento do Ministro Marco Aurélio na Reclamação n. 1.197-6/PB, *DJ* de 22.11.1999, p. 2, que entende o efeito vinculante apenas para as **decisões definitivas de mérito**.

[199] "Retomando o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (*v. Informativo* 98), proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, que tem por objeto o artigo 1.º da Lei 9.494/97 ('Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5.º e seu parágrafo único e 7.º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1.º e seu § 4.º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1.º, 3.º e 4.º da Lei 8.347, de 30 de junho de 1992.'), o Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1.º da Lei n. 9.494, de 10.9.97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam. Precedente citado: ADI-MC 1.576-DF (*v. Informativo* 67). ADC (MC) 4-UF, Rel. Min. Sydney

Sanches, 11.2.98" (*Inf. 99/STF*). Cf., ainda, *Inf. 166/STF*: "É cabível a concessão de efeito vinculante a medidas liminares proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2.º) porquanto o poder geral de cautela é inerente ao poder jurisdicional. Com esse fundamento, o Tribunal, por maioria, conheceu do pedido de medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade acima mencionada com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Vencido o Min. Marco Aurélio, que não conhecia do pedido, por entender incabível a medida cautelar em se tratando de ação declaratória de constitucionalidade em face de seu efeito vinculante. Precedente citado: ADCMC 4-DF (*DJU* de 21.5.99). ADC 8-DF, Rel. Min. Celso de Mello, 13.10.99".

[200] Nesse sentido, cf. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, *Controle de constitucionalidade*, 5. ed., p. 157. Manoel Carlos de Almeida Neto, localizando, inclusive, expressa previsão de ADC Municipal positivada, como no art. 101, VII, "f", da Constituição do Paraná e art. 133, II, "m", da Constituição do Amapá, conclui: "a partir de uma interpretação sistemática do art. 102, I, "a", c/c o art. 125, § 2.º, ambos da Constituição Federal, e tendo em vista o caráter dúplice ou ambivalente da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, concluo ser absolutamente cabível a ADC no âmbito municipal com o objetivo de preservar a presunção de constitucionalidade da lei ou do ato normativo municipal" (*O novo controle*..., p. 157).

[201] "É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, antes e depois de 1988, no sentido de que **não** cabe a tribunais de justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição Federal" (**ADI 347**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20.09.2006, *DJ* de 20.10.2006. No mesmo sentido: **RE 421.256**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.09.2006, *DJ* de 24.11.2006).

[202] Em sede doutrinária, sustentando a parametricidade das cláusulas constitucionais estaduais de caráter remissivo, cf. Manoel Carlos de Almeida Neto, *O novo controle*..., p. 141.

[203] "Coexistência de jurisdições constitucionais estaduais e federal. Propositura simultânea de ADI contra lei estadual perante o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça. **Suspensão do processo** no âmbito da justiça **estadual**, até a deliberação definitiva desta Corte. Precedentes. Declaração de inconstitucionalidade, por esta Corte, de artigos da lei estadual. Arguição pertinente à mesma norma requerida perante a Corte estadual. **Perda de objeto**" (**Pet 2.701-AgR**, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 08.10.2003, *DJ* de 19.03.2004).

7

DIVISÃO ESPACIAL DO PODER — ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

■ 7.6.1. Formação dos Municípios

O art. 18, § 4.º, da CF/88, com a nova redação dada pela EC n. 15/96, estabelece as regras para a **criação** , **incorporação** , **fusão** e **desmembramento** de Municípios, nos seguintes termos e obedecendo às seguintes etapas:

■ **lei complementar federal:** determinará o período para a mencionada criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Municípios, bem como o procedimento; [43]

■ **estudo de viabilidade municipal:** deverá ser apresentado, publicado e divulgado, na forma da lei, estudo demonstrando a viabilidade da criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Municípios;

■ **plebiscito:** desde que positivo o estudo de viabilidade, far-se-á consulta às populações dos Municípios envolvidos (de todos os Municípios envolvidos, e não apenas da área a ser desmembrada, conforme vimos em relação aos Estados-membros), para aprovarem ou não a criação, incorporação, fusão ou desmembramento. Referido **plebiscito** será convocado pela Assembleia Legislativa, de conformidade com a legislação federal e estadual (art. 5.º da Lei n. 9.709/98);

■ **lei estadual:** dentro do período que a lei complementar federal definir, desde que já tenha havido um estudo de viabilidade e aprovação plebiscitária, serão criados, incorporados, fundidos ou desmembrados Municípios, através de **lei estadual** .

Portanto, o **plebiscito** é **condição de procedibilidade** para o processo legislativo da lei estadual. Se favorável, o legislador estadual terá discricionariedade para aprovar ou rejeitar o projeto de lei de criação do novo Município. Em igual sentido, mesmo que aprovada a lei pelo legislador estadual, o Governador de Estado poderá vetá-la.

Modificando anterior jurisprudência do TSE (*MS 1.511/DF, de 05.06.1992*), o art. 7.º da Lei n. 9.709/98 dispõe que a consulta plebiscitária deverá ocorrer perante as **populações diretamente interessadas** , tanto a do território que será desmembrado como a do distrito que pretende desmembrar-se.

Finalmente, destacamos o julgamento da **ADI 2.240** , na qual se discutiram as regras do art. 18, § 4.º, especialmente a **necessidade de LC federal** determinando o período de criação de novos Municípios.

REDAÇÃO ORIGINAL (1988)	REDAÇÃ PELA 15/
Art. 18, § 4.º: A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios **preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano** , far-se-ão por lei	Art. 18 criação, a incorpora fusão e o desmemb de Munic se-ão po estadual, **do perío determin Lei Complem Federal** , depende

estadual, obedecidos os requisitos previstos em **Lei Complementar estadual** , e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.	consulta mediante plebiscito populaçõ **Municípi envolvid após div dos Estu Viabilida Municipa apresent publicad forma da**

Conforme se percebe pela leitura comparativa do texto do art. 18, § 4.º, a **EC n. 15/96** estabeleceu outros requisitos para a criação de novos Municípios, dificultando-a. Essa, por sinal, era a intenção do constituinte reformador, buscando evitar o surgimento desenfreado de novos Municípios e sob o controle exclusivo (na redação original) da LC *estadual* .

Aliás, conforme já estudamos no *item 6.7.1.9* , nessa linha, entendeu o STF que o art. 18, § 4.º, na redação trazida pela EC n. 15/96, é **norma de eficácia limitada** e, por isso, toda lei estadual que criar Município sem a sua existência estará eivada de inconstitucionalidade. Trata-se de **vício formal**

por violação a pressupostos objetivos do ato . [44]

Por isso, reconhecendo a *inertia deliberandi* do Congresso Nacional em apreciar os vários projetos de LC que tramitam (e vejam que já faz mais de 10 anos que a regra foi estabelecida pela EC n. 15/96), no julgamento da **ADI por omissão n. 3.682** , o STF, fazendo um **apelo** ao legislador, fixou o prazo de 18 meses para que o art. 18, § 4.º, CF/88 seja regulamentado (*vide* *item 6.7.3.9*).

Por consequência, nas várias ADIs julgadas, [45] o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais que criaram Municípios sem a existência da LC federal, mas não pronunciou a nulidade dos atos, mantendo a vigência por mais 24 meses (**efeito prospectivo** ou para o futuro).

Buscando regularizar a situação de vários Municípios, o Congresso Nacional promulgou a **EC n. 57, de 18.12.2008** , acrescentando o art. 96 ao ADCT, com a seguinte redação: "ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31.12.2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação".

Chegamos a fazer críticas firmes à nova emenda, em nosso entender, não apenas **inconstitucional** como, acima de tudo, **imoral** .

Contudo, em determinado caso concreto, o STF acabou aceitando os seus termos:

> "EMENTA: Criação do Município de Pinto Bandeira/RS. **Ação julgada prejudicada pela edição superveniente da EC 57/2008** . Alegação de contrariedade à EC 15/96 (...). Com o advento da EC 57/2008, foram convalidados os atos de criação de Municípios cuja lei tenha sido publicada até 31.12.2006, atendidos os requisitos na legislação do respectivo estado à época de sua criação. A Lei 11.375/99 foi publicada nos termos do art. 9.º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, alterado pela EC 20/97, pelo que a criação do Município de Pinto Bandeira foi convalidada" (**ADI 2.381-AgR** , Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.03.2011, Plenário, *DJE* de 11.04.2011).

Apesar desse precedente, devemos alertar que não se extinguiu a necessidade da existência de **lei complementar federal** que regularize o processo de formação dos Municípios. A referida emenda apenas "validou" a criação (inconstitucional — e aí a nossa crítica) dos Municípios anteriormente estabelecidos (sem a existência da referida LC federal).

Por esse motivo, não há dúvida de que se eventual Município vier a ser criado após 31.12.2006 e ainda não tiver sido editada a LC federal prevista no art. 18, § 4.º, também estaremos diante de um vício formal de

inconstitucionalidade. Assim, com urgência, o CN deve elaborar referida lei complementar (sobre a inconstitucionalidade da EC n. 57/2008, cf. *item 6.7.3.9*).

■ 7.6.2. Competências dos Municípios

■ 7.6.2.1. Competências não legislativas (administrativas ou materiais)

■ **comum (cumulativa ou paralela):** trata-se de competência não legislativa comum aos quatro entes federativos, quais sejam, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, prevista no art. 23 da CF/88;
■ **privativa (enumerada):** art. 30, III a IX — assim definidas: "Art. 30. Compete aos Municípios: ... III — instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV — criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V — organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI — manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental (redação dada pela EC n. 53/2006); VII — prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII — promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX — promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual".

■ 7.6.2.2. Competências legislativas

■ **expressa:** art. 29, *caput* — qual seja, como vimos, a capacidade de auto-organização dos Municípios, através de **lei orgânica**;
■ **interesse local:** art. 30, I — o interesse local diz respeito às peculiaridades e necessidades ínsitas à localidade. Michel Temer observa que a expressão "interesse local", doutrinariamente, assume o mesmo significado da expressão "peculiar interesse", expressa na Constituição de 1967. E completa: "Peculiar interesse significa interesse predominante"; [46]
■ **suplementar:** art. 30, II — estabelece competir aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. "No que couber" norteia a atuação municipal, balizando-a dentro do **interesse local**. Observar ainda que tal competência se aplica, também, às matérias do art. 24, suplementando as normas gerais e específicas, juntamente com outras que digam respeito ao peculiar interesse

daquela localidade;

- **plano diretor:** art. 182, § 1.º — o plano diretor deverá ser aprovado pela Câmara Municipal, sendo obrigatório para cidades com **mais de vinte mil habitantes** . Serve como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana; [47]
- **competência tributária expressa:** art. 156 (estudar especialmente em direito tributário).

7.7. DISTRITO FEDERAL

7.7.1. Histórico

O Distrito Federal surge da transformação do antigo **Município neutro** (sede da Corte e capital do Império), com a Constituição de 1891, conforme previsão do art. 2.º, continuando a ser a Capital da União.

Atualmente, na CF/88, o Distrito Federal não é mais Capital Federal, pois, conforme já tivemos a oportunidade de apontar, de acordo com o art. 18, § 1.º, a Capital Federal é **Brasília** , que se situa dentro do território do Distrito Federal.

Aliás, nos termos do art. 6.º da Lei Orgânica do DF, **Brasília** , além de Capital da República Federativa do Brasil, é a **sede do governo do Distrito Federal** .

7.7.2. Distrito Federal como unidade federada

O Distrito Federal é, portanto, uma unidade federada **autônoma** , visto que possui capacidade de **auto-organização** , **autogoverno** , **autoadministração** e **autolegislação:**

- **auto-organização:** art. 32, *caput* — estabelece que o Distrito Federal se regerá por **lei orgânica** , votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal;
- **autogoverno:** art. 32, §§ 2.º e 3.º — eleição de Governador e Vice-Governador e dos Deputados Distritais;
- **autoadministração e autolegislação:** regras de competência legislativas e não legislativas, que serão abaixo estudadas.

7.7.3. Outras características importantes

Algumas outras regras devem também ser lembradas:

- **impossibilidade de divisão do Distrito Federal em Municípios:** o art. 32, *caput* , expressamente, veda a divisão do Distrito Federal em

Municípios, ao contrário do que acontece com os Estados e Territórios;

- **autonomia parcialmente tutelada pela União:** [48] *a*) o art. 32, § 4.º, declara inexistir polícias civil, militar e corpo de bombeiros militar, pertencentes ao Distrito Federal. Tais instituições, embora subordinadas ao Governador do Distrito Federal (art. 144, § 6.º), são organizadas e mantidas diretamente pela União, sendo que a referida utilização pelo Distrito Federal será regulada por lei federal (cf. **S. 647/STF, 24.09.2003** e capítulo sobre *segurança pública* , *item 13.7.6*); *b*) também observar que o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal serão organizados e mantidos pela União (arts. 21, XIII e XIV, e 22, XVII).

A **Lei n. 10.633, de 27.12.2002** , instituiu o **Fundo Constitucional do Distrito Federal — FCDF** , de natureza contábil, com a finalidade de prover os recursos necessários à organização e manutenção da polícia civil, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do DF, bem como assistência financeira para execução de serviços públicos de saúde e educação, conforme disposto no inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal (cf., ainda, art. 25 da EC n. 19/98).

Entendeu o STF, ainda, que, "ao instituir a chamada 'gratificação por risco de vida' dos policiais e bombeiros militares do Distrito Federal, o Poder Legislativo distrital usurpou a competência material da União para 'organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio' (inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal). Incidência da Súmula 647 do STF" (**ADI 3.791** , Rel. Min. Ayres Britto, j. 16.06.2010, Plenário, *DJE* de 27.08.2010).

7.7.4. Competências do Distrito Federal

7.7.4.1. Competências não legislativas (administrativas ou materiais)

- **comum (cumulativa ou paralela):** trata-se de competência não legislativa comum aos quatro entes federativos, quais sejam, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, prevista no art. 23 da CF/88.

7.7.4.2. Competências legislativas

O art. 32, § 1.º, estabelece que ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. Assim, tudo o que foi dito a respeito dos Estados aplica-se ao Distrito Federal, bem como o que foi dito sobre os Municípios no tocante à competência para legislar, também a ele se aplica.

- **expressa:** art. 32, *caput* — elaboração da própria lei orgânica;
- **residual:** art. 25, § 1.º — toda competência que não for vedada, ao Distrito Federal estará reservada;
- **delegada:** art. 22, parágrafo único — como vimos, a União poderá autorizar o Distrito Federal a legislar sobre questões específicas das matérias de sua competência privativa. Tal autorização dar-se-á mediante **lei complementar** ;
- **concorrente:** art. 24 — onde se estabelece concorrência para legislar entre União, Estados e Distrito Federal, cabendo à União legislar sobre normas gerais e ao Distrito Federal, sobre normas específicas;
- **suplementar:** art. 24, §§ 1.º a 4.º — no âmbito da legislação concorrente, como vimos, a União limita-se a estabelecer normas gerais e o Distrito Federal, normas específicas. No entanto, em caso de inércia legislativa da União, o Distrito Federal poderá **suplementá-la** e regulamentar as regras gerais sobre o assunto, sendo que, na superveniência de lei federal sobre norma geral, a aludida norma distrital geral (suplementar) terá a sua eficácia suspensa, no que for contrária à lei federal sobre normas gerais editadas posteriormente; [49]
- **interesse local:** art. 30, I, combinado com o art. 32, § 1.º;
- **competência tributária expressa:** art. 155 (a estudar especialmente em direito tributário).

7.8. TERRITÓRIOS FEDERAIS

7.8.1. Histórico

Conforme observou Michel Temer, [50] o primeiro Território Federal no Brasil foi o do Acre, criado em 1904 pela Lei n. 1.181, na medida em que não havia previsão na Constituição de 1891. Somente na Constituição de 1934 foi que os territórios ganharam *status* constitucional, permanecendo sua previsão nas Constituições seguintes.

7.8.2. Natureza jurídica

Apesar de ter personalidade, o território **não é dotado de autonomia política** . Trata-se de mera **descentralização administrativo-territorial da União** , qual seja, uma **autarquia** que, conforme expressamente previsto no art. 18, § 2.º, **integra a União** .

7.8.3. Ainda existem territórios no Brasil?

Não existem mais territórios no Brasil . Até 1988 existiam três territórios: **Roraima, Amapá** e **Fernando de Noronha** .

■ **Roraima:** foi transformado em Estado, de acordo com o art. 14, *caput*, do ADCT;

■ **Amapá:** também foi transformado em Estado, de acordo com o art. 14, *caput*, do ADCT;

■ **Fernando de Noronha:** foi extinto, sendo a sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco.

Mas, afinal de contas, o que é Fernando de Noronha? Dizer, nos termos do art. 15 do ADCT, que sua área foi reincorporada ao Estado de Pernambuco não é suficiente. Então, expliquemos melhor a matéria.

De acordo com o art. 96 da CE/PE, o Arquipélago de Fernando de Noronha constitui *região geoeconômica, social e cultural do Estado de Pernambuco*, sob a forma de *Distrito Estadual, dotado de estatuto próprio, com autonomia administrativa e financeira.*

Já o parágrafo único do art. 1.º da Lei estadual n. 11.304, de 28.12.1995 (do Estado de Pernambuco), caracteriza o **Distrito Estadual de Fernando de Noronha** como uma *entidade autárquica integrante do Poder Executivo Estadual, exercendo, sobre toda a extensão da área territorial do Arquipélago de Fernando de Noronha, jurisdição plena atribuída às competências estadual e municipal, bem como os poderes administrativos e de polícia próprios de ente público.*

O Distrito Estadual tem por **sede** o Palácio São Miguel, situado na Vila dos Remédios, na Ilha de Fernando de Noronha, e por **foro** a Comarca do Recife, tendo por competência prover a tudo quanto respeita ao seu interesse e ao bem-estar da população insular.

O art. 96, § 1.º, da CE/PE determina que o **Distrito Estadual de Fernando de Noronha** será dirigido por um **Administrador-Geral, nomeado** pelo Governador do Estado, com **prévia aprovação da Assembleia Legislativa**. Já o § 2.º estabelece a **eleição direta**, pelo voto secreto, concomitantemente com a eleição de Governador de Estado, pelos **cidadãos residentes no Arquipélago**, de **7 Conselheiros**, com mandato de **4 anos**, para formação do **Conselho Distrital**, órgão que terá funções consultivas e de fiscalização, na forma da lei.

Muito embora Fernando de Noronha atualmente seja um **Distrito Estadual**, o § 3.º do art. 96 da CE/PE prevê a sua transformação em Município quando alcançar os requisitos e as exigências mínimas, previstos em lei complementar estadual.

■ 7.8.4. Apesar de não existirem, podem vir a ser criados novos territórios?

Como vimos, o Poder Constituinte de 1988 transformou dois territórios em Estados e extinguiu o terceiro, ainda existentes em 1988.

Apesar disso, é **perfeitamente possível a criação de novos territórios federais** , que, com certeza, continuarão a ser mera autarquia, sem qualquer autonomia capaz de lhes atribuir a característica de entes federados. O processo de criação dar-se-á da seguinte forma:

- **lei complementar:** a criação de novos territórios dar-se-á mediante **lei complementar** , conforme o art. 18, § 2.º;
- **plebiscito:** deve haver plebiscito aprovando a criação do território;
- **modo de criação:** o art. 18, § 3.º, estabelece que os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexar a outros, ou formar **Territórios Federais** , mediante aprovação da população diretamente interessada, através de **plebiscito** , e do Congresso Nacional, por **lei complementar** .

7.8.5. Outras características importantes

Algumas outras regras devem também ser lembradas:

- **lei federal:** de acordo com o art. 33, *caput* , lei federal disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios;
- **divisão em Municípios:** ao contrário do que ocorre com o Distrito Federal, o art. 33, § 1.º, estabelece a possibilidade de os Territórios, quando criados, serem divididos em Municípios, aos quais serão aplicadas as regras previstas nos arts. 29 a 31 da CF/88;
- **Executivo:** a direção dos Territórios, se criados, dar-se-á por Governador, nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal (art. 84, XIV);
- **Legislativo (CN):** nos termos do art. 45, § 2.º, cada Território elegerá o número fixo de **4 deputados federais** , caracterizando-se, assim, exceção ao princípio proporcional para a eleição de deputados federais, ou seja, não existirá variação do número de representantes da população local dos Territórios;
- **controle das contas:** a fiscalização das contas do governo do Território caberá ao Congresso Nacional, após o parecer prévio do Tribunal de Contas da União (art. 33, § 2.º);
- **Judiciário, Ministério Público e defensores públicos federais:** nos Territórios Federais com mais de 100 mil habitantes, além do Governador nomeado na forma da Constituição (art. 84, XIV), haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instâncias, membros do Ministério Público e defensores públicos federais, organizados e mantidos pela União (art. 33, § 3.º, c/c o art. 21, XIII). Ainda, nos termos do parágrafo único do art. 110, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais (Justiça Federal Comum) caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei;

- **Polícia civil, polícia militar e o corpo de bombeiros militar dos Territórios federais:** muito embora os Territórios sejam uma descentralização administrativa da União, integrando-a, a EC n. 19/98, alterando a redação do art. 21, XIV, da CF/88, não mais estabeleceu para a União a atribuição de organização e manutenção da polícia civil, militar e do corpo de bombeiros dos Territórios, endereçando referida regra **exclusivamente** ao Distrito Federal;
- **Legislativo:** a lei disporá sobre as eleições para a **Câmara Territorial** e sua competência deliberativa (art. 33, § 3.º);
- **Sistema de ensino:** organizado pela União, nos termos do art. 211, § 1.º.

7.9. MODELOS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

A Constituição fixa, de maneira clara, a **repartição de competências** entre os entes federativos, que, conforme visto, são autônomos cada qual dentro de sua parcela de atribuições e capacidades de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação (com as especificidades já apontadas, especialmente em relação ao DF, cuja autonomia é parcialmente tutelada pela União).

As **atribuições** estão estabelecidas pelo constituinte originário e, em tese, poderiam ser objeto de modificação (por emenda), desde que a novidade, a ser introduzida, não violasse a forma federativa de Estado, bem como as demais cláusulas pétreas.

Portanto, teoricamente, para se ter um exemplo, seria possível que determinada emenda transferisse a competência para legislar sobre direito penal, que hoje é reservada à União (art. 22, I), para os Estados. Parece-nos que, no exemplo citado, haveria, inclusive, fortalecimento da autonomia federativa estadual. A questão fica, então, dentro de um campo de conveniência política.

Pois bem, essa repartição de competências estabelece-se de acordo com alguns **modelos** segundo a doutrina.

7.9.1. Modelo clássico e modelo moderno

No **direito comparado** houve a formulação tanto de um modelo **clássico** como de um modelo **moderno** , tendo como parâmetro a enumeração ou não das atribuições. Vamos a eles.

7.9.1.1. Modelo clássico

O **modelo clássico** busca a sua fonte na *Constituição norte-americana de 1787* , refletindo aspirações do final do século XVIII.

Nesse sentido, compete à **União** exercer os poderes **enumerados** e aos

Estados os poderes não especificados, em um campo **residual** .

Conforme bem anota Paulo Branco, [51] o rigorismo da enunciação taxativa é flexibilizado pela **doutrina dos poderes implícitos** .

Isso porque, nas palavras de Raul Machado Horta, "o sentido premonitório do Constituinte de Filadélfia resguardou o desenvolvimento dos poderes enumerados quando reconheceu expressamente ao Congresso a competência 'para elaborar todas as leis necessárias e adequadas ao exercício dos poderes especificados e dos demais poderes conferidos por esta Constituição ao governo dos Estados Unidos ou aos seus departamentos ou funcionários' (...) a famosa cláusula dos **poderes implícitos** , que na Corte Suprema Norte-Americana converteu no fundamento de dilatadora construção constitucional na via judicial". [52]

7.9.1.2. Modelo moderno

O **modelo moderno** , por sua vez, passou a ser verificado após a Primeira Guerra Mundial, estando descritas nas constituições não somente as atribuições exclusivas da União, como, também, as hipóteses de competência comum ou concorrente entre a União e os Estados.

Segundo Paulo Branco, "o chamado *modelo moderno* responde às contingências da crescente complexidade da vida social, exigindo ação **dirigente** e **unificada** do Estado, em especial para enfrentar as crises sociais e guerras". [53]

7.9.2. Modelo horizontal e modelo vertical

Outra classificação, segundo a doutrina, leva em consideração não a enumeração das atribuições, mas, partindo-se delas, se haverá ou não condomínio entre os entes federativos para a sua realização e, assim, vislumbrando tanto um modelo *horizontal* como um modelo *vertical* .

7.9.2.1. Modelo horizontal

No **modelo horizontal** , não se verifica concorrência entre os entes federativos. Cada qual exerce a sua atribuição nos limites fixados pela Constituição e **sem relação de subordinação** , nem mesmo hierárquica.

Segundo Paulo Branco, "esse modelo apresenta três soluções possíveis para o desafio da distribuição de poderes entre órbitas do Estado Federal. **Uma delas** efetua a enumeração exaustiva da competência de cada esfera da Federação; **outra** , discrimina a competência da União deixando aos Estados-membros os poderes reservados (ou não enumerados); a **última** discrimina os poderes dos Estados-membros, deixando o que restar para a União". [54]

No **Brasil** predomina o **modelo horizontal** , nos termos dos arts. 21, 22, 23, 25 e 30.

■ 7.9.2.2. Modelo vertical

No **modelo vertical** , por sua vez, a mesma matéria é **partilhada** entre os diferentes entes federativos, havendo, contudo, uma certa relação de subordinação no que tange à atuação deles.

Em se tratando de competência legislativa, normalmente, a **União** fica com **normas gerais** e **princípios** , enquanto os **Estados** , completando-as, legislam para atender as suas **peculiaridades** locais.

O modelo vertical pode ser caracterizado, segundo Paulo Branco, como uma técnica que estabelece "um verdadeiro **condomínio legislativo** entre a União e os Estados-membros". [55]

Como exemplo de modelo vertical, no Brasil, podemos citar as matérias de **competência concorrente** entre União, Estados, DF e Municípios, estabelecidas no art. 24, CF/88.

Conforme vimos, no âmbito da **competência legislativa concorrente** , a União limita-se a estabelecer normas gerais e os Estados, as normas específicas. No entanto, em caso de inércia legislativa da União, os Estados poderão suplementá-la, regulamentando as regras gerais sobre o assunto. Esse modelo, contudo, parece ter sofrido certa alteração, em uma verdadeira ponderação de valores, conforme propomos no *item 7.11* a seguir, remetendo o nosso ilustre leitor para aquela importante discussão sobre o **amianto** e o **tabaco** .

Finalmente, cabe constatar que no **modelo vertical** há uma maior **aproximação** entre os entes federativos, que deverão atuar em complemento, em " **condomínio legislativo** ". Por sua vez, no **modelo horizontal** parece haver um maior afastamento, na medida em que a distribuição de competência se mostra bastante **rígida** e sem interferência de um sobre outro.

■ 7.10. QUADRO ILUSTRATIVO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL — ALGUNS PRECEDENTES DO STF

O objetivo dessa parte do estudo é indicar algumas interpretações fixadas pelo STF em relação ao modelo constitucional de repartição de competências.

Sem dúvida, na prática vêm sendo observados conflitos na atuação governamental e legislativa e, então, o STF surge para afirmar a verdadeira

força normativa da Constituição definindo, com precisão, a atribuição de cada ente federativo.

Não se pode falar em hierarquia de atos normativos. Existem **campos de atribuição** , definidos pelo constituinte originário. Não se pode afirmar, por exemplo, que a lei municipal é hierarquicamente inferior a uma certa lei federal. No fundo, o que se tem são campos de atuação e, portanto, se, eventualmente, um determinado Município legisla sobre assunto de competência da União, o vício não é legislativo (entre as leis), mas, em essência, **constitucional** , ou seja, em relação à competência federativa para legislar sobre aquele assunto.

Por esse motivo é que, de maneira coerente, a EC n. 45/2004 estabeleceu que cabe **recurso extraordinário** para o **STF** quando, nos termos do art. 102, III, "d", se julgar válida lei local contestada em face de lei federal. O vício que eventualmente a lei conterá será um **vício formal orgânico** , ou seja, em relação ao ente federativo que deveria legislar sobre aquele assunto (cf. *item 6.3.2.1*).

MATÉRIA	JULGA
■ Loterias e jogos de bingo. Regras de exploração. Sistemas de consórcios e sorteios. Direito	■ ADI Carlos 26.11. 2.948/ Grau, ADI 2.

penal	Gilmar 16.06. Rel. M de 24. 2.995, Sepúlv de 21. 3.148, Mello, ■ **SV r** incons ato no distrita sobre consór inclusiv
■ Gratuidade de	■ ADI

estacionamento em estabelecimento privado (*shopping centers* , hipermercados, instituições de ensino, rodoviárias e aeroportos)	Min. Jo 09.02.2 (reconh formal 15.223 de Goi cf. ADI Joaqui 17.03.2
■ Aquisição de propriedade	■ ADI Carlos 19.12.2)
■ Lei n. 2.089/93, do Estado do Rio de Janeiro, que	■ Prec 750-M 11.09.

estabelecia a obrigatoriedade da numeração dos rótulos ou tampinhas das bebidas comercializadas no mencionado Estado, independentemente de sua procedência, para efeito de arrecadação de impostos estaduais — **inconstitucional**	Rel. M Corrêa *317/ST*
■ Lei n. 10.553/2000, do Estado de São	■ Prec ADI 1.9 de 25.0

Paulo, que impunha condições para a cobrança pelo Poder Público de multas provenientes de aparelhos eletrônicos sobre infrações cometidas por motoristas condutores de veículos automotores — **inconstitucional**	2.064- 171/13 MC/MS 28.04.2 2.328/S Mauríc 17.03.2)
■ Lei n. 11.604/2001, do Estado do Rio Grande do Sul, de	■ Prec ADI 2.0 17.08.2 MC/RJ

iniciativa parlamentar, que dispunha sobre a sinalização de rodovias estaduais, estabelecendo o controle eletrônico de velocidade, a forma de sua sinalização e divulgação nos meios de comunicação, a estipulação de velocidade mínima nas rodovias, a obrigatoriedade da	12.05. MC/SF 15.12. RS, Re Gracie *324/S*

construção de vias laterais de circulação e as formas de notificação das multas lavradas — **inconstitucional**	
■ Lei n. 13.279/2001, do Estado do Paraná, que fixava em no máximo 20% do valor do automóvel as multas impostas pelo DETRAN/PR, autuadas a partir de janeiro de 2000 —	■ Prec ADI 2.3 de 15. 2.137- 12.05.2 MC/RN 21.09.2 PR, Re Gracie *315/ST*

inconstitucional	
■ Película de filme solar nos vidros dos veículos automotores	■ ADI Min. C 1.º.08.)
■ Lei do Estado da Bahia n. 6.457/93 que obrigou, dentro do prazo de 120 dias a contar de sua publicação, as empresas de transporte coletivo de passageiros, que operam no território do referido Estado, a instalarem **cinto**	■ ADI Gilmar 03.02. *DJE* de mesmo 215.32 SP, Re Alves, *273/ST*

de segurança na totalidade dos veículos que compõem as respectivas frotas — **inconstitucional**	
■ Lei Distrital n. 1.925/98 que torna obrigatória, sob pena pecuniária a ser definida pelo Poder Executivo, a iluminação interna dos veículos fechados, no período das dezoito às seis horas,	■ ADI Cezar 04.03. *DJE* de

quando se aproximem de blitz ou barreira policial — **inconstitucional**	
■ Lei distrital ou estadual que comine penalidades a quem seja flagrado em estado de embriaguez na condução de veículo automotor — **inconstitucional**	■ ADI Cezar 1.º.08. *DJE* de
■ Lei n. 11.766/97, do Estado do Paraná, que torna	■ ADI Carlos 24.11.

obrigatório a qualquer veículo automotor transitar permanentemente com os faróis acesos nas rodovias do Estado do Paraná, impondo a pena de multa aos que descumprirem o preceito legal	de 03.(
■ Lei n. 10.884/2001, do Estado de São Paulo, que estabelece a obrigatoriedade de	■ ADI ; Joaqui 17.03.: de 14.(

reserva de espaço para o tráfego de motocicletas nas vias públicas de grande circulação da Região Metropolitana de São Paulo, assim consideradas pela autoridade de trânsito, sob pena das penalidades do *Código de Trânsito Brasileiro* — **inconstitucional**	
■ Legislação sobre **mototáxi** . Serviço	■ ADI Sepúlv

de transporte individual de passageiros prestado por meio de ciclomotores, motonetas e motocicletas (sistema de *moto-service* — transporte remunerado de passageiros com uso de motocicletas)	18.06.[illegible] de 03.[illegible] Preced[illegible] 2.606; 3.136
■ Lei distrital ou estadual que disponha sobre	■ ADI [illegible] Cezar 1.º.08.[illegible]

condições do exercício ou criação de profissão, sobretudo quando esta diga à segurança de trânsito, como, no caso, à profissão de *motoboy* — **inconstitucional**	*DJE* de
■ Art. 185 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que estabelecia que a implantação de instalações	■ Prec Rp 1.1 30.11. 1.233/ 06.09. Rel. M

industriais para produção de energia nuclear no mencionado Estado dependeria de autorização prévia da Assembleia Legislativa local, ratificada por plebiscito — **inconstitucional**	1.º.04.) No me 1.575, Barbos Plenári 11.06.
■ Contratação de controladores de velocidade para fins de fiscalização nas rodovias estaduais	■ ADI Carlos 27.10. impugr compe

	União p trânsito gerais contrat XI e XX)
■ Limite de tempo de espera em fila dos usuários dos serviços prestados pelos cartórios localizados no seu respectivo território	■ RE 2 de 30.0 506.48 de 17. 432.78 05.05.2 AgR/S 03.03.2 397.09 Sepúlv 29.08.2

■ Lei estadual n. 12.775/2003, de Santa Catarina, que determinou às agências bancárias estabelecidas no território catarinense a obrigatoriedade do uso de equipamento para atestar a autenticidade de cédulas de dinheiro nas transações bancárias, devendo tal equipamento ser aquele indicado pelo	■ ADI Cezar 1.º.08. *DJE* d

Banco Central do Brasil — **inconstitucional**	
■ Bancos — Lei Municipal que determina medidas de conforto aos usuários (clientes ou não), como instalações sanitárias, fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros, bem como equipamentos	■ AI 34 Rel. M (cf. *Inf*

destinados a proporcionar-lhes segurança, tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras	
■ Meia-entrada para estudantes do valor cobrado para o ingresso em eventos esportivos, culturais e de lazer	■ ADI Eros G *Inf. 40*
■ Lei n. 7.737/2004, do Estado do Espírito Santo. Garantia de meia-	■ ADI Eros G *DJ* de

entrada aos doadores regulares de sangue. Acesso a locais públicos de cultura, esporte e lazer. Competência concorrente entre a União	
■ Lei Estadual reservando assentos para as pessoas obesas em salas de projeções, teatros e espaços culturais no Estado do Paraná	■ ADI Min. Il *265/ST* **pende** **do mé**

■ Lei Estadual disciplinando sobre o interrogatório por videoconferência — **inconstitucional**	■ HC 9 acórdã Direito Plenári 23.10.
■ Lei municipal legislando sobre horário de funcionamento de comércio local, como o das farmácias **(não abrangendo — já que extrapolaria e transcenderia o**	■ S. 64 compe para fi funcior estabe comerc

interesse local — o horário de funcionamento de instituição financeira)	
■ Lei municipal legislando sobre a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo — **inconstitucional**	■ S. 64 princíp concor que im de esta comer ramo e área”
■ Lei n. 1.317/2004, do Estado de Rondônia, que	■ ADI Joaqui 06.04.

autoriza a utilização, pelas polícias civil e militar, de armas de fogo apreendidas — **inconstitucional**	de 09.(
■ Legislar sobre serviço postal	■ ADI ; Ellen G

	02.08.2 de 27.0
■ Lei n. 1.314, de 1.º.04.2004, do Estado de Rondônia, que impõe às empresas de construção civil, com obras no Estado, a obrigação de fornecer leite,	■ ADI Carlos 18.06.2 19.10.2

café e pão com manteiga aos trabalhadores que comparecerem com antecedência mínima de 15 (quinze) minutos ao seu primeiro turno de labor — **inconstitucional**	
■ Lei n. 10.989/93, do Estado de Pernambuco, disciplinando sobre o vencimento das mensalidades escolares —	■ ADI Eros G Plenári 24.02. sentid Min. C 12.08.

inconstitucional	*DJE* de
■ Lei Distrital. Notificação mensal à secretaria de saúde. Casos de câncer de pele. Obrigação imposta a médicos públicos e particulares. Admissibilidade.	■ ADI Ricard 04.06. 20.06.

Saúde pública. Matéria inserida no âmbito de competência comum e concorrente do Distrito Federal ■ Agora, **CUIDADO:** a imputação de responsabilidade civil ao médico por falta de notificação caracteriza ofensa ao art. 22, I (direito civil)	
■ Matéria	■ ADI

concernente a relações de trabalho. Lei estadual ou distrital que disponha sobre proibição de revista íntima em empregados de estabelecimentos situados no respectivo território — **inconstitucional**	Cezar 05.05.2 *DJE* de
■ Lei Distrital n. 3.449/2004 e da Lei Amapaense n. 1.336/2009 que vedam a cobrança	■ ADI Rel. p/ Fux, j. Plenári No mes

de tarifas e taxas de consumo mínimas ou de assinatura básica, impostas por concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, tv a cabo e telefonia — no caso da lei distrital — e por prestadoras de serviço de telefonia fixa e móvel — no caso da lei estadual — **inconstitucionais**	3.847, 4401

■ Leis fluminenses ns. 3.915/2002 e 4.561/2005 que obrigam as concessionárias dos serviços de telefonia fixa, energia elétrica, água e gás a instalar medidores de consumo — **inconstitucionais**	■ ADI Cármen 17.03. *DJE* de
■ Lei distrital n. 3.426/2004 que obriga as empresas	■ ADI Gilmar 02.12.

concessionárias, prestadoras de serviços de telefonia fixa, a individualizar determinadas informações nas faturas, bem como fixa ônus da prova para referidas empresas em caso de contestação das cobranças pelos consumidores — **inconstitucional**	*DJE* de mesmo 4.083

■ A Constituição do Amapá garantiu o direito à “meia-passagem” aos estudantes, nos transportes	■ ADI Grau, j Plenári 07.03.

coletivos municipais — **inconstitucional** por invadir matéria de interesse local

- Agora, **CUIDADO:** a competência para legislar sobre a prestação de serviços públicos de transporte **intermunicipal** é dos Estados-membros. “Não há inconstitucionalidade no que toca ao benefício,

concedido pela Constituição estadual, de ‘meia passagem’ aos estudantes nos transportes coletivos intermunicipais”

■ Lei distrital n. 3.426/2004, que dispunha sobre a obrigatoriedade de as empresas concessionárias, prestadoras de serviços de telefonia fixa, individualizarem, nas faturas, as informações que especificam, sob pena de multa — **inconstitucional**	■ ADI Gilmar 02.12. *611/S*

- “Mensalidades escolares. Fixação da data de vencimento. Matéria de direito contratual. (...) Os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado

- ADI
Eros G
Plenári
24.02.

- No m
1.042,
Peluso
Plenári
6.11.2

independentemente de concessão, permissão ou autorização. Nos termos do art. 22, I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre Direito Civil"	
■ A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e	■ ADI … Cárme… 16.11.… de 07. … ■ **S. 72…** compe… União a… crimes…

julgamento dos agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos	respon estabe respec proces

7.11. AMIANTO, TABACO E OUTDOOR

Resolvemos destacar os temas. O foco é em relação às recentes leis antifumo como a do Estado de São Paulo (Lei n. 13.541/2009) e a do Rio de Janeiro (Lei n. 5.517/2009). Essa parece ser uma tendência, inclusive mundial.

Quem já não escutou falar de Paris (ou já teve a rica e feliz oportunidade de lá estar), o seu *glamour* , os seus cafés, a sua arte, a sua cultura, o extraordinário *Louvre* , os impressionistas do *D'orsay* , a "monstruosa" igreja de *Notre-Dame* , a grandiosidade e a vista da *Sacré-Couer* , as praças, a *Champs-Élysées* (e o *Arc de Triomphe*), fazer um pic-nic aos pés da maravilhosa Torre *Eiffel* , o romantismo, o charme dos cafés. Poderíamos ficar aqui por horas falando sobre a encantadora Paris... [56]

Pois bem, até Paris "surpreendeu" o mundo ao apresentar uma ampla aceitação da lei que proibiu o tabaco em bares, restaurantes, discotecas e cassinos do país a partir de janeiro de 2008.

Entendemos que a solução para o caso da lei antifumo poderá seguir o entendimento do STF em relação ao amianto.

7.11.1. Amianto

E em que medida o amianto relaciona-se com Paris e os outros temas?

Também, no Brasil, na tentativa de **proteção à saúde** , várias leis, sejam estaduais, ou municipais, proíbem o uso do amianto, que é utilizado em alguns produtos, como nas tubulações, telhas, caixas d´água, mangueiras, papéis, papelões etc.

O problema é que existe a Lei Federal n. 9.055/95 (Dec. n. 2.350/97), que **admite** o seu **uso controlado** , limitando-o à variedade *crisotila* (asbesto

branco).

Dessa forma, o que se sustenta é que as leis estaduais e municipais que proíbem o amianto sem qualquer exceção estariam violando a **regra geral** da lei federal que o admite.

Aliás, vale lembrar que a referida Lei n. 9.055/95 está sendo questionada na **ADI 4.066** , ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) (**matéria pendente de julgamento pelo STF**).

Algumas ações, **inicialmente** , foram julgadas procedentes, declarando a **inconstitucionalidade formal orgânica** das leis estaduais ou municipais, sob o argumento de que referidos entes federativos não poderiam violar a regra geral já estabelecida pela lei federal. Vamos a elas:

- **ADI 2.396** — 08.05.2003 — o STF entendeu que o Estado de Mato Grosso do Sul não poderia proibir o uso do amianto (lei estadual n. 2.210/2001), já que a competência para legislar sobre o assunto é **concorrente** e existe a lei federal admitindo-o — art. 24, V, VI e XII, CF;
- **ADI 2.656** — 08.05.2003 — no mesmo sentido, a Suprema Corte entendeu que a lei paulista (Lei n. 10.813/2001) não poderia ter disciplinado o assunto, violando tanto os citados incisos do art. 24 como, ainda, os arts. 20, IX, e 22, VIII e XII;
- **ADI 3.356** — 26.10.2005 — o relator, Min. Eros Grau, pelos mesmos argumentos — tratar-se de competência concorrente (art. 24, V, VI e XII) e haver lei federal, entendeu que o Estado de Pernambuco (Lei n. 12.589/2004) não poderia ter legislado sobre o assunto. Houve pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa e referida ADI ainda não foi julgada (**matéria pendente de julgamento pelo STF**).

Essas vinham sendo as decisões do STF, a maioria no sentido de se tratar de competência concorrente (art. 24, V — produção e consumo; VI — meio ambiente e poluição; XII — proteção e defesa da saúde).

Assim, teoricamente — conforme decidiu o STF, havendo a lei federal, os estados só poderiam legislar suplementando-a, porém, nunca contrariando ou negando o dispositivo. Se a lei federal admite de modo restrito o uso do amianto, teoricamente, a lei estadual ou municipal não poderia proibi-lo totalmente.

Algumas decisões lembraram o art. 20, IX (os recursos minerais como bens da União) e a **competência privativa** da União para legislar sobre comércio interestadual (art. 22, VIII) e sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (art. 22, XII).

Então, tentando harmonizar o art. 24, V, VI e XII de um lado

(competência concorrente) e art. 22, VIII e XII de outro (competência privativa da União), parece que, apesar de se tratar de competência concorrente (e os Estados poderiam legislar plenamente se não houvesse lei federal), neste caso do amianto, teoricamente, só existiria a **competência suplementar complementar** e nunca a suplementar supletiva (é uma tentativa de harmonizar a decisão que admitiu os dois dispositivos), já que competiria à União, também, legislar privativamente sobre o assunto, havendo, assim, uma releitura do art. 24, §§ 1.º a 4.º.

O **STF** , contudo, **mudou o seu entendimento** em relação ao amianto. Vejamos:

- **ADI 3.937** — 04.06.2008 — o STF, por 7 X 3, entendeu que a Lei paulista n. 12.684/2007, apesar de proibir totalmente a utilização do amianto é **constitucional** (observa-se que o Estado de São Paulo, já tendo sido derrotado na ADI 2656, legislou novamente sobre o assunto).

Basicamente, dois foram os argumentos.

- **Convenção 162 da OIT** — assinada pelo Brasil, recomenda a não pulverização do amianto, desestimulando o seu uso. Por ter, segundo interpretou o STF, natureza **supralegal** (cf. *item 9.14.5.2.3*), prevaleceria (já que mais protetiva) sobre a lei federal;
- **Princípio constitucional do direito à saúde** — alguns Ministros concluíram que a utilização do amianto traz riscos à saúde (sustentando, inclusive, o risco de câncer) e, assim, apesar de haver lei federal admitindo o seu uso controlado, a lei do Estado de São Paulo é mais protetiva e, portanto, em uma ponderação de interesses, prevaleceria a proteção à saúde (art. 196).

Na mesma linha de argumentação, o Min. Lewandowski negou, em **22.04.2009** , liminar na **ADPF n. 109** , que tem por objeto a lei do município de São Paulo n. 13.113/2001, que proíbe a utilização do amianto na construção civil (**matéria pendente de julgamento pelo STF**).

7.11.2. Tabaco

Como se sabe, algumas leis, sejam estaduais, como municipais, estão proibindo o uso do tabaco e sendo questionadas no STF:

- **ADI 4.239** — 12.05.2009 — tinha por objeto a *Lei Antifumo do estado de São Paulo* (Lei 13.541, de 7 de maio de 2009). A Min. Ellen Gracie arquivou-a, por entender que a Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (Abrasel Nacional), que ajuizou a ação, não se enquadrava no conceito de *entidade de classe de âmbito nacional* (art. 103, IX). A análise foi apenas formal e não sobre o mérito da

questão.

■ **ADI 4.249** — 09.06.2009 — também tem por objeto a lei paulista. Foi ajuizada pela Confederação Nacional do Turismo (CNTUR), alegando, dentre outros argumentos, o fato de o Estado não poder extrapolar a lei federal que já disciplina o assunto. O AGU, em sua manifestação, entendeu que a Assembleia Legislativa ultrapassou sua competência na medida em que tratou de regras gerais que já estavam na lei federal. À época, o parecer foi dado pelo hoje Min. José Antonio Dias Toffoli (que era o AGU) e, assim, certamente, no presente caso, ele não poderá votar, devendo declarar-se impedido (**matéria pendente de julgamento pelo STF**).

■ **ADI 4.353** — 07.12.2009 — questiona a lei paranaense n. 16.239/09, que proíbe o fumo em ambientes coletivos públicos ou privados em todo o estado do Paraná, tendo sido ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC). Em 18.12.2009, a Min. Ellen Gracie, relatora, determinou o seu apensamento à **ADI 4.351** , por possuírem o mesmo objeto e, assim, a sua tramitação conjunta (**matéria pendente de julgamento pelo STF**).

De fato, não há dúvida que a **lei estadual** é muito mais restritiva, inclusive em relação aos direitos individuais dos fumantes, violando a Lei Federal n. 9.294/96 que autoriza o **fumódromo** “em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente” (art. 2.º).

Nessa linha, em **23.06.2009** , a Justiça de São Paulo suspendeu parcialmente a Lei Antifumo, concedendo liminar requerida pela Associação Brasileira de Gastronomia, Hospedagem e Turismo (Abresi) (juiz Valter Alexandre Mena, da 3.ª Vara da Fazenda Pública, autos n. 053.09.015779-9), por conflitar a lei estadual, em alguns pontos, com a lei federal citada, especialmente em relação aos fumódromos e sanções ao empresário. Referida decisão foi cassada pelo TJ/SP.

Diante de todo o exposto, restará ao STF a palavra final. Entendemos que a lei paulista antifumo mostra-se na linha do que decidiu o STF sobre o amianto. A lei paulista é mais protetiva e melhor resguarda o **princípio de proteção à saúde** .

Ainda, o Brasil é signatário da **Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco** (Decreto n. 5.658/2006) que desestimula o uso do tabaco.

O **tabagismo** caracteriza-se, na atualidade, como a **principal causa de morte evitável** e, portanto, indiscutível ser dever do Estado (e de seus entes federativos) proteger a saúde e, assim, combater o fumo que, quando consumido, introduz no organismo mais de 4.700 substâncias tóxicas, destacando-se a **nicotina** (responsável pela combatida e famigerada dependência química), o **monóxido de carbono** (gás) e o **alcatrão** (que

contém substâncias pré-cancerígenas), sem contar a problemática do **fumante passivo** .

A lei paulista mostra-se bastante "corajosa". O direito individual de fumar não está sendo proibido, mas apenas restringido (de maneira, não há dúvida, bastante **enérgica**) e, ao que parece, na linha do que o STF decidiu, mais recentemente, sobre o amianto.

■ 7.11.3. Outdoor — "Lei Cidade Limpa"

Em igual medida, parece caminhar a questão colocada em relação à denominada "Lei Cidade Limpa" no município de São Paulo que proibiu, dentre outras coisas, a utilização do *outdoor* (sobre o tema, cf. *Suspensão Liminar 161* e *Reclamação 7781*) (**matéria pendente de julgamento pelo STF**).

■ 7.12. INTERVENÇÃO

Como já tivemos oportunidade de alertar, o art. 18, *caput,* da CF/88 preceitua que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, **todos autônomos** , nos termos da Constituição Federal.

No entanto, excepcionalmente, a CF prevê situações (de anormalidade) em que haverá intervenção, suprimindo-se, temporariamente, a aludida autonomia. As hipóteses, por trazerem regras de anormalidade e exceção, devem ser interpretadas restritivamente, consubstanciando-se um rol taxativo, *numerus clausus* .

A regra da intervenção seguirá o seguinte esquema:

- **Intervenção federal:** União nos Estados, Distrito Federal (hipóteses do art. 34) e nos Municípios localizados em Território Federal (hipótese do art. 35);
- **Intervenção estadual:** Estados em seus Municípios (art. 35).

Conforme observa Humberto Peña de Moraes, em brilhante estudo, sendo "instituto típico da estrutura do Estado Federal, repousa a intervenção no afastamento temporário da atuação autônoma da entidade federativa sobre a qual a mesma se projeta". [57]

■ 7.12.1. Intervenção federal

■ 7.12.1.1. Hipóteses de intervenção federal

As hipóteses de **intervenção federal** (e quando dizemos intervenção

federal significa intervenção realizada pela União) [58] nos **Estados** e **Distrito Federal** estão taxativamente previstas no art. 34, sendo cabíveis para:

- manter a integridade nacional;
- repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
- pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;
- garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
- reorganizar as finanças da unidade da Federação que: *a*) suspender o pagamento da dívida fundada [59] por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; *b*) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas na Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
- prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: *a*) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; *b*) direitos da pessoa humana; *c*) autonomia municipal; *d*) prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta; *e*) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. [60]

As hipóteses de **intervenção federal nos Municípios localizados em Territórios Federais** serão estudadas quando tratarmos da *intervenção estadual* , prevista no art. 35.

7.12.1.2. Espécies de intervenção federal

- **espontânea:** neste caso o Presidente da República age de ofício art. 34, I, II, III e V;
- **provocada por solicitação:** art. 34, IV, combinado com o art. 36, I, primeira parte quando coação ou impedimento recaírem sobre o Poder Legislativo ou o Poder Executivo, impedindo o livre-exercício dos aludidos Poderes nas unidades da Federação, a decretação da intervenção federal, pelo Presidente da República, dependerá de **solicitação** do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido;
- **provocada por requisição:** a) art. 34, IV, combinado com o art. 36, I, segunda parte se a coação for exercida contra o **Poder Judiciário** , a decretação da intervenção federal dependerá de **requisição** do Supremo Tribunal Federal; b) art. 34, VI, segunda parte, combinado

com o art. 36, II no caso de desobediência a ordem ou decisão judicial, a decretação dependerá de **requisição** do STF, STJ ou do TSE, de acordo com a matéria;

- **provocada, dependendo de provimento de representação:** a) art. 34, VII, combinado com o art. 36, III, primeira parte no caso de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, previstos no art. 34, VII, da CF/88, a intervenção federal dependerá de **provimento** , pelo **STF** , **de representação do Procurador-Geral da República** (representação interventiva, conforme expusemos no capítulo sobre controle, *item 6.7.4.2*); b) art. 34, VI, primeira parte, combinado com o art. 36, III, segunda parte para prover a execução de lei federal (pressupondo ter havido recusa à execução de lei federal), a intervenção dependerá de **provimento de representação** do Procurador-Geral da República pelo **STF (EC n. 45/2004)** (trata-se, também, de representação interventiva, regulamentada pela **Lei n. 12.562/2011** e com as explicitações nos *itens 6.7.4.2.5* e *6.7.4.2.7* desse trabalho).

Nesta última hipótese, Humberto Peña de Moraes observa: "insista-se, por oportuno, que a *actio* vertente não busca a alcançar oportuna declaração de inconstitucionalidade — fim a que se propõe a ação direta de inconstitucionalidade interventiva — com vista a possível intervenção, mas sim a garantir, ocorrendo recusa por parte de Estado ou do Distrito Federal e julgada procedente a pretensão pela Excelsa Corte, a execução de lei federal, sob pena, é óbvio, da prática interventiva. A intervenção para execução de lei federal só deve ser havida por lícita, insta observar, quando não existir outro tipo de ação aparelhada para a solução da *quaestio juris* ". [61]

Na hipótese de **solicitação** pelo Executivo ou Legislativo, o Presidente da República não estará obrigado a intervir, possuindo **discricionariedade** para convencer-se da **conveniência** e **oportunidade** . Por outro lado, havendo **requisição** do Judiciário, não sendo o caso de suspensão da execução do ato impugnado (art. 36, § 3.º), o Presidente da República estará **vinculado** e deverá decretar a intervenção federal, sob pena de responsabilização.

7.12.1.3. Decretação e execução da intervenção federal

Como vimos, a decretação e execução da intervenção federal é de competência privativa do **Presidente da República** (art. 84, X), dando-se de forma espontânea ou provocada. Lembramos, ainda, a previsão da oitiva de dois órgãos superiores de consulta, quais sejam, o *Conselho da República* (art. 90, I) e o *Conselho de Defesa Nacional* (art. 91, § 1.º, II), sem haver qualquer vinculação do Chefe do Executivo aos aludidos pareceres.

A decretação materializar-se-á por **decreto presidencial de intervenção**

, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução, e, quando couber, nomeará o interventor.

■ 7.12.1.4. Controle exercido pelo Congresso Nacional

Nos termos dos §§ 1.º e 2.º do art. 36, o **Congresso Nacional** (**Legislativo**) realizará **controle político** sobre o decreto de intervenção expedido pelo **Executivo** no prazo de 24 horas, devendo ser feita a convocação extraordinária, também no prazo de 24 horas, caso a Casa Legislativa esteja em recesso parlamentar. Assim, nos termos do art. 49, IV, o **Congresso Nacional** ou **aprovará** a intervenção federal ou a **rejeitará** , sempre por meio de **decreto legislativo** , suspendendo a execução do decreto interventivo nesta última hipótese.

Em caso de rejeição pelo Congresso Nacional do decreto interventivo, o Presidente da República deverá cessá-lo imediatamente, sob pena de cometer crime de responsabilidade (art. 85, II — atentado contra os Poderes constitucionais do Estado), passando o ato a ser inconstitucional.

■ 7.12.1.4.1. Hipóteses em que o controle exercido pelo Congresso Nacional é dispensado

Como regra geral, o decreto interventivo deverá ser apreciado pelo Congresso Nacional (controle político). Excepcionalmente, a CF (art. 36, § 3.º) dispensa a aludida apreciação, sendo que o decreto se limitará a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. As hipóteses em que o controle político é dispensado são as seguintes:

- ■ **art. 34, VI** □ para prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- ■ **art. 34, VII** □ quando houver afronta aos princípios sensíveis da CF.

No entanto, nesses casos, se o decreto que suspendeu a execução do ato impugnado **não foi suficiente para o restabelecimento da normalidade** , o Presidente da República **decretará a intervenção federal** , nomeando, se couber, interventor, devendo submeter o seu ato ao exame do Congresso Nacional (**controle político**), no prazo de 24 horas, nos termos do art. 36, § 1.º, conforme visto.

■ 7.12.1.5. Afastamento das autoridades envolvidas

Por meio do **decreto interventivo** , que especificará a amplitude, prazo e condições de execução, o Presidente da República nomeará (quando necessário) interventor, afastando as autoridades envolvidas.

Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (art. 36, § 4.º).

7.12.2. Intervenção estadual

7.12.2.1. Hipóteses de intervenção estadual e intervenção federal nos Municípios localizados em Territórios Federais

As hipóteses de **intervenção estadual** e **federal** (nos Municípios localizados em Territórios Federais) estão taxativamente previstas no art. 35, sendo cabíveis quando:

- deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por 2 anos consecutivos, a dívida fundada;
- não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
- não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; [62]
- o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

7.12.2.2. Decretação e execução da intervenção estadual

A decretação e execução da intervenção estadual é de competência privativa do **Governador de Estado**, por meio de **decreto de intervenção**, que especificará a amplitude, o prazo e as condições da execução e, quando couber, nomeará o interventor.

7.12.2.3. Controle exercido pelo Legislativo

A Constituição estabeleceu a realização de controle político a ser exercido pelo Legislativo, devendo o decreto de intervenção ser submetido à apreciação da Assembleia Legislativa, no prazo de 24 horas. Na hipótese de não estar funcionando, haverá convocação extraordinária, também no prazo de 24 horas.

7.12.2.3.1. Hipóteses em que o controle exercido pela Assembleia Legislativa é dispensado

Como regra geral, o decreto interventivo deverá ser apreciado pela Assembleia Legislativa (intervenção estadual). Excepcionalmente, porém, a CF (art. 36, § 3.º) dispensa a aludida apreciação pelo Congresso Nacional (hipóteses já estudadas quando tratamos da intervenção federal), ou pela Assembleia Legislativa estadual, sendo que o decreto, nesses casos, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. A hipótese em que o controle político é

dispensado é a seguinte:

- **art. 35, IV** o Tribunal de Justiça der provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

No entanto, se a suspensão da execução do ato impugnado não for suficiente para o restabelecimento da normalidade, o Governador de Estado decretará a intervenção no Município (hipótese de intervenção estadual em Município), submetendo esse ato (decreto interventivo) à Assembleia Legislativa, que, estando em recesso, será convocada extraordinariamente.

■ 7.12.2.4. Afastamento das autoridades envolvidas

No decreto interventivo que especificará a amplitude, prazo e condições de execução, o Governador de Estado nomeará (quando necessário) interventor, afastando as autoridades envolvidas.

Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (art. 36, § 4.º).

■ 7.12.2.5. Súmula 637 do STF

Nos termos da S. 637/STF, "não cabe recurso extraordinário contra acórdão de tribunal de justiça que defere pedido de intervenção estadual em município".

■ 7.13. QUESTÕES

■ 7.13.1. Federação: aspectos conceituais

1. (OAB/101.º/SP) Só uma das alternativas não caracteriza a Federação:

a) subordinação financeira dos Estados à União em nome da unidade nacional;
b) descentralização político-administrativa constitucionalmente prevista;
c) existência de um órgão que dite a vontade dos Estados-Membros da Federação, no caso o Senado Federal;
d) existência de um órgão constitucional encarregado do controle da constitucionalidade das leis, dificultando a invasão de competência.

Resposta: "a". Observar que entre as autonomias que garantem a Federação está, justamente, a autonomia financeira, materializada através da cobrança de tributos etc.

2. (Magistratura MG — 2004/2005) Pela Constituição de 1988, a federação brasileira é constituída pela união indissolúvel:

a) da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

b) da União, Estados e Distrito Federal.
c) da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios.
d) da União, Estados e Municípios.
e) da União, Estados, Distrito Federal e Territórios.

Resposta: “a”. Arts. 1.º, *caput* , e 18, *caput* .

3. (OAB/102.º/SP) Podem ser divididos em Municípios:

a) Estados, Distrito Federal e Territórios;
b) Estados e Distrito Federal;
c) Estados e Territórios;
d) apenas os Estados.

Resposta: “c”. Observar que o art. 32, *caput* , expressamente veda a divisão do Distrito Federal em municípios, não havendo essa vedação para Estados e Territórios (estes, lembrem-se, apesar de não existirem hoje, podem vir a ser criados e, sendo criados, divididos em Municípios).

4. (Magistratura/172.º) A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão:

a) por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos;
b) por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar estadual, após consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, desde que referendado o resultado daquele pelas Câmaras Municipais desses Municípios;
c) por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar estadual, após consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, desde que referendado o resultado daquele pelo Executivo e pelo Legislativo desses Municípios;
d) por lei federal, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos.

Resposta: “a”. De acordo com o art. 18, § 4.º, da CF/88, com a redação dada pela EC n. 15/96.

5. (Acadepol 2006 — UFA) Com relação à organização político-administrativa do Estado Brasileiro, marque a alternativa correta.

a) A fusão de Municípios far-se-á por lei estadual, dentro do período determinado por lei ordinária federal, e dependente de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos no processo.
b) Os Estados-membros não podem recusar fé aos documentos públicos da União, facultando-se-lhes, porém, recusar o reconhecimento de

documentos de outros Estados.

c) Nos Territórios Federais, com mais de duzentos mil habitantes, além do Governador, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instâncias e membros do Ministério Público.

d) Enquanto unidade federada com autonomia parcialmente tutelada, o Distrito Federal possui somente competência legislativa estadual.

e) A União é pessoa jurídica de direito público interno com capacidade política, e ora se manifesta em nome próprio, ora se manifesta em nome da Federação.

Resposta: “e”.

6. (Diplomata CESPE/UnB — 2009) Acerca do Estado federal brasileiro e do sistema de repartição de competências entre os entes federativos, julgue (C ou E) os próximos itens:

O Estado federal brasileiro — a República Federativa do Brasil — é pessoa jurídica de direito público internacional, e sua organização político-administrativa compreende a União, os estados e o Distrito Federal, mas não os municípios, pois estes não são entidades federativas, visto que constituem divisões político-administrativas dos estados.

Resposta: “errado”.

7. (AGU/CESPE-UnB — 2008) No tocante às hipóteses de alteração da divisão interna do território brasileiro, é correto afirmar que, na subdivisão, há a manutenção da identidade do ente federativo primitivo, enquanto, no desmembramento, tem-se o desaparecimento da personalidade jurídica do estado originário.

Resposta: “errado”. Cf., na parte teórica, *item7.5.1.3* .

8. (MP RN-CESPE/UnB — 2009) Assinale a opção correta com relação ao federalismo brasileiro:

a) O federalismo brasileiro, quanto à sua origem, é um federalismo por agregação.

b) Existia no Brasil um federalismo de segundo grau até a promulgação da CF, após a qual o país passou a ter um federalismo de terceiro grau.

c) Uma das características comuns à federação e à confederação é o fato de ambas serem indissolúveis.

d) A federação é o sistema de governo cujo objetivo é manter reunidas autonomias regionais.

e) Os territórios federais são considerados entes federativos.

Resposta: “b”. Com o máximo respeito, segundo o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*item 7.3.2.7*), o texto de 1988 consagra o federalismo de 2.º grau , apesar de se reconhecer 3 ordens distintas (União,

Estados e Municípios), bem como o DF em posição peculiar. Isso porque, exercendo o seu poder de auto-organização deverá observar os preceitos da Constituição Federal, assim como os da Constituição do respectivo Estado. A *letra “a”* está errada, pois o federalismo brasileiro implementou-se por desagregação . A *letra “c”* está errada, pois, diferente da federação, na confederação se reconhece o direito de segregação (separação do pacto confederativo). A *letra “d”* está errada, pois federação não é sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), mas forma de Estado . Por fim, a *letra “e”* está errada, pois os Territórios Federais, se criados, não terão autonomia federativa, sendo meras autarquias, uma extensão da União.

9. (Procurador do Estado do Amazonas/FCC/2010) De acordo com a Constituição Federal, os Territórios:

a) integram a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, juntamente com a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos da Constituição.
b) podem integrar a União ou os Estados, conforme dispuser a lei complementar que os criar.
c) gozam de autonomia organizacional, uma vez que lhes cabe instituir sua própria lei orgânica.
d) podem ser subdivididos em Municípios.
e) gozam de autonomia política, uma vez que elegem seu próprio governador.

Resposta: “d”. Cf. art. 33, § 1.º.

10. (Técnico Judiciário Administrativo/TRE — AL/FCC/2010) Com relação ao Distrito Federal é correto afirmar que, dentre outras situações:

a) é governado por Deputado Federal escolhido pela Câmara dos Deputados.
b) é permitida sua divisão em Municípios.
c) não possui competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.
d) lei estadual disporá sobre a utilização por seu Governo das polícias civil e militar.
e) reger-se-á por lei orgânica.

Resposta: “e”.

11. (50.º Concurso Público para Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais — 2010) Segundo a Constituição da República de 1988:

a) o Distrito Federal é a Capital Federal.
b) o Rio de Janeiro é a Capital em casos urgentes e de calamidade pública.
c) Brasília é a Capital Federal.
d) Goiás é a Capital em casos urgentes e de calamidade pública.

Resposta: “c”. Cf. art. 18, § 1.º

12. (XXXII MP/RJ — 2011) A regra constitucional que admite o desmembramento de Estados depende da aprovação da população diretamente interessada, entendida como tal a população:

a) tanto da área desmembrada do Estado-membro como a da área remanescente, mediante referendo.
b) da área desmembrada do Estado-membro, mediante referendo.
c) da área desmembrada do Estado-membro, mediante referendo, bem como de lei complementar aprovada pelo Congresso Nacional.
d) tanto da área desmembrada do Estado-membro como a da área remanescente, mediante plebiscito, bem como de lei complementar aprovada pelo Congresso Nacional.
e) da área desmembrada do Estado-membro, mediante plebiscito, bem como de lei complementar aprovada pelo Congresso Nacional.

Resposta: “d”. Cf. art. 18, § 3.º, e interpretação jurisprudencial, conforme apontado na parte teórica.

13. (Analista Judiciário — STM — Área Administrativa — CESPE/UnB/2011) A organização judiciária do Distrito Federal é realizada por meio de leis distritais, em razão de sua autonomia legislativa.

Resposta: “errado”, por violar o art. 22, XVII, que estabelece a competência privativa da União .

14. (Analista de Controle Externo — TCE-AP — FCC/2012) O Distrito Federal, conforme a Constituição Federal:

a) elege Deputados Distritais para a Assembleia Legislativa e possui uma Constituição Distrital.
b) elege dois Senadores e não pode dividir-se em Municípios.
c) rege-se por uma lei orgânica e elege Governador e Vice-Governador.
d) exerce competências legislativas reservadas à União, aos Estados e aos Municípios e elege Deputados Federais.
e) possui uma Constituição Distrital e não pode dividir-se em Municípios.

Resposta: “c”.

■ 7.13.2. Federação: intervenção

1. (OAB/116.º/SP) A União, por decreto, interveio em Estado-Membro, em face do descumprimento de decisão judicial (relativa ao pagamento de precatório). Posto isto:

a) o decreto de intervenção deve ser submetido ao Congresso Nacional, no prazo de 24 horas;

b) poderá o Congresso aprovar emenda constitucional para modificar o art. 100 da Constituição Federal (ordem de pagamento dos precatórios);
c) deve a União submeter o decreto da intervenção ao Supremo Tribunal Federal;
d) o decreto de intervenção poderá limitar-se à suspensão da execução do ato impugnado.

Resposta: "a". De acordo com os arts. 34, 36, § 3.º, e 84, X, o decreto interventivo é ato exclusivo do Chefe do Executivo . Em determinados casos, porém, antes de se decretar a intervenção federal, o Presidente da República limita-se a suspender a execução do ato impugnado (hipóteses dos arts. 34, VI e VII). Caso essa medida não seja eficiente para o restabelecimento da normalidade, o Presidente, então, decreta a intervenção federal, submetendo este segundo ato à apreciação do Congresso Nacional. Na medida em que a questão em análise relata o fato de já ter havido a intervenção federal no Estado, por meio de decreto interventivo, pressupõe-se a prévia tentativa de suspensão do ato impugnado com o objetivo de se restabelecer a normalidade. Como ineficaz essa medida (tendo em vista o enunciado da questão), o decreto de intervenção necessariamente deverá ser apreciado pelo Poder Legislativo (controle político). Entendemos inconveniente esse formato de questão, pois pode confundir, e muito, o aluno preparado e que sabe a matéria!

2. (Delegado de Polícia/RJ/CEPERJ — 2009) Qual das situações abaixo não constitui causa de intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal:

a) Manter a integridade nacional.
b) Repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outras.
c) Garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação.
d) Prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.
e) Violar as regras do sistema financeiro nacional.

Resposta: "e". Art. 34, I, II, IV e VI, da CF/88.

3. (Magistratura/173.º) Assinale a alternativa correta: a intervenção em município, desde que verificada uma das hipóteses que a possibilitem, compete:

a) à União;
b) ao Estado em cujo território se localiza;
c) ao Supremo Tribunal Federal, se localizado em Território Federal;
d) à União e ao Estado em cujo território se localiza, concorrentemente.

Resposta: "b". Cf. art. 35. Lembramos que o decreto interventivo ou de intervenção , que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, é de competência do Chefe

do executivo . No caso, em se tratando de intervenção do Estado em seu Município, a competência será do Governador de Estado .

4. (MPT/2006) Assinale a alternativa correta. A decretação de intervenção da União nos Estados dependerá:

a) de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, na hipótese de repelir invasão de uma unidade da Federação em outra;
b) de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, no caso de recusa à execução de lei federal;
c) de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior Eleitoral ou do Tribunal Superior do Trabalho, no caso de desobediência à ordem ou decisão judicial;
d) de requisição do Supremo Tribunal Federal, para assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
e) não respondida.

Resposta: “b”. Art. 36, III, da CF/88.

5. (Analista do MPSE — Área Direito — FCC/2010) São causas, dentre outras, que justificam a intervenção federal, a necessidade de reorganizar as finanças de Estado-membro que suspende o pagamento da dívida fundada por

a) 1 (um) ano, salvo impossibilidade orçamentário-financeira; e repelir invasão de uma unidade da Federação em um Município.
b) mais de 2 (dois) anos consecutivos, salvo motivo de força maior; e repelir invasão de uma unidade da Federação em outra.
c) até 2 (dois) anos consecutivos, em qualquer hipótese; e por termo a comprometimento da ordem pública.
d) mais de 3 (três) anos consecutivos, ou não, em qualquer hipótese; e prover à execução de lei federal ou estadual.
e) até 1 (um) ano, salvo motivo de força maior ou caso fortuito; e para prover execução de decisão judicial ou administrativa.

Resposta: “b”. Art. 34, V, “a”, e inc. II da CF/88.

6. (Procurador Jurídico da USP/FUVEST — 2011) A intervenção federal nos Estados, no caso de desobediência de ordem ou decisão judiciária:

a) é vedada, exceto na hipótese de violação dos chamados princípios

sensíveis, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de representação proposta pelo Procurador-Geral da República.

b) não cabe ser requisitada de ofício pelo órgão judicial competente, mas apenas mediante pedido de Presidente de Tribunal de Justiça do Estado ou Presidente de Tribunal Federal.

c) não cabe ser requisitada de ofício pelo órgão judicial competente, mas apenas mediante pedido da parte prejudicada em face da desobediência da ordem ou decisão judicial.

d) depende de requisição do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, com exceção do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal Militar.

e) cabe ser requisitada pelo Supremo Tribunal de Justiça, caso a decisão ou ordem a ser provida não tenha fundamento em preceito constitucional, mas, sim, em qualquer dispositivo constante da legislação federal.

Resposta: “d”.

■ 7.13.3. Federação: competência

1. (OAB/107.º/SP) No exercício da competência legislativa concorrente:

a) a União edita normas gerais e específicas;

b) a União, os Estados e os Municípios legislam em sistema de cooperação;

c) os Estados poderão editar normas gerais e específicas, caso inexista lei da União, fixando normas gerais;

d) as normas gerais produzidas pelos Estados prevalecem sobre as normas gerais supervenientes da União.

Resposta: “c”. De acordo com o art. 24, §§ 1.º a 4.º.

2. (OAB/110.º/SP) Sobre a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, é correto dizer que:

a) a lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União, os Estados e o Distrito Federal;

b) a superveniência de lei federal sobre normas gerais revoga a lei estadual, no que lhe for contrário;

c) a União, os Estados e o Distrito Federal estão autorizados a editar normas gerais e específicas para atender suas respectivas peculiaridades;

d) na falta de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender suas peculiaridades.

Resposta: “d”. De acordo com o art. 24, § 3.º. Lembrar que no caso da alternativa “b”, a superveniência de lei federal sobre normas gerais não revoga a lei estadual, mas apenas suspende a sua eficácia , no que lhe for contrário, de acordo com o § 4.º do art. 24. No tocante à alternativa “c”, lembrar que a competência da União se limita a estabelecer apenas normas gerais (art. 24, § 1.º) e não específicas, no âmbito da legislação concorrente.

3. (Magistratura/173.º) Assinale a incorreta: no âmbito da legislação concorrente da União, Estados e Distrito Federal:

a) a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais;
b) a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados;
c) a superveniência de lei federal sobre normas gerais não suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário;
d) à falta de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades.

Resposta: "c". Cf. art. 24, §§ 1.º a 4.º. Procurem sempre ler com atenção as questões . Se o examinador quer a incorreta , isso significa dizer que as demais alternativas têm conteúdo correto ! De fato, a única alternativa que está em desacordo com a doutrina apresentada é a "c", já que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4.º).

4. (Magistratura/168.º/SP) Legislar sobre custas dos serviços forenses é competência:

a) privativa da União;
b) privativa dos Municípios;
c) concorrente da União, Estados e Distrito Federal;
d) privativa dos Estados.

Resposta: "c". De acordo com o art. 24, IV.

5. (MP/81.º/SP) Indique a alternativa em que a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência legislativa concorrente sobre todas as matérias agrupadas:

a) direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; procedimentos em matéria processual; proteção à infância e à juventude;
b) direito agrário, financeiro, aeronáutico, econômico e urbanístico; trânsito e transporte; custas dos serviços forenses, produção e consumo;
c) direito tributário, do trabalho, financeiro, econômico e urbanístico; orçamento; juntas comerciais;
d) desapropriação; trânsito e transporte, juntas comerciais;
e) seguridade social; proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular.

Resposta: "a". De acordo com o art. 24, I, XI e XV.

6. (MP/79.º/SP) Constitui competência privativa da União legislar sobre:

a) águas, energia e trânsito;
b) direito econômico, águas e energia;

c) previdência social, direito econômico e águas;
d) trânsito, previdência social e direito econômico;
e) energia, trânsito e previdência social.

Resposta: “a”. De acordo com o art. 22, IV e XI.

7. (OAB/109.º/SP) Lei estadual autoriza menor de 18 anos a usar e conduzir veículo automotor. Esta lei:

a) é inconstitucional, porque nos termos do art. 23, XII, da CF, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência comum para estabelecer e implantar política de educação para a segurança no trânsito;
b) é inconstitucional, porque a União tem competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte;
c) é inconstitucional, porque cabe aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local;
d) é inconstitucional, porque a competência da União para legislar sobre normas gerais exclui a competência suplementar dos Estados.

Resposta: “b”. De acordo com o art. 22, XI.

8. (Magistratura/167.º/SP) Compete privativamente à União legislar sobre:

a) produção e consumo;
b) propaganda comercial;
c) juntas comerciais;
d) educação, cultura, ensino e desporto.

Resposta: “b”. De acordo com o art. 22, XXIX.

9. (OAB/111.º/SP) Em face da distribuição constitucional de competências, a lei estadual que, porventura, discipline a prática de atividades nucleares específicas no respectivo Estado, deve ser considerada:

a) inconstitucional, visto ser competência da União legislar sobre “atividades nucleares de qualquer natureza”;
b) constitucional, por se tratar de matéria de competência legislativa concorrente;
c) inconstitucional, pois a exploração dos serviços e instalações nucleares é de competência exclusiva da União;
d) constitucional, desde que o Estado tenha sido autorizado, por lei complementar da União, a legislar sobre tal matéria.

Resposta: “d”. De fato, o art. 22, XXVI, da CF estabelece ser competência privativa da União legislar sobre “atividades nucleares de qualquer natureza”. No entanto, trata-se de competência privativa e não exclusiva , como a do art. 21, marcada pela nota da delegabilidade (para outra pessoa de direito público

interno). É o que disciplina o parágrafo único do art. 22: lei complementar poderá autorizar os Estados (e acrescente-se o DF, no exercício da competência estadual) a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no art. 22.

10. (OAB/116.º/SP) Quando o Município legisla sobre transporte coletivo municipal de passageiros, está:

a) suplementando a legislação do Estado;
b) suplementando a legislação da União, no que couber;
c) expedindo norma fulcrada em sua própria autonomia;
d) expedindo normas de sua competência residual.

Resposta: "c". Cf. art. 30, I e V.

11. (MP/SP 2006) Assinale a alternativa correta. Compete privativamente à União:

a) Registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.
b) Legislar sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.
c) Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência.
d) Legislar sobre trânsito e transporte.
e) Proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

Resposta: "d". Art. 22, XI, da CF/88.

12. (TJ/DF 2007) A repartição de competências prevista na Constituição permite afirmar que:

a) a delegação de competência da União aos Estados-membros opera-se por meio de lei ordinária específica;
b) não há hierarquia entre os entes da Federação, podendo-se reconhecer preponderância de interesse mais abrangente;
c) a competência da União para editar normas gerais determina a revogação da norma estadual previamente editada que contrarie a disciplina federal;
d) a competência dos Municípios para legislar sobre horário de funcionamento de farmácias, estabelecimentos comerciais e bancários decorre da natureza local desses assuntos.

Resposta: "b".

13. (TJ/SC 2007) De acordo com a Constituição da República, compete privativamente à União legislar sobre:

a) Seguridade social, previdência social e telecomunicações.

b) Desapropriação, propaganda comercial e serviço postal.
c) Direito financeiro, direito urbanístico, trânsito e transporte.
d) Assistência judiciária, direito econômico, produção e consumo.
e) Sistemas de consórcios e sorteios, educação e cultura.

Resposta: “b”. Art. 22, I, V e XXIX, da CF/88.

14. (MPE/PE/FCC 2008) No que tange à repartição de competências legislativas, é INCORRETA a assertiva:

a) Compete aos Estados e Municípios legislar sobre crimes de responsabilidade relacionados, respectivamente, às autoridades estaduais e municipais.
b) É competência privativa da União legislar, dentre outras matérias, sobre vencimentos das polícias civil e militar do Distrito Federal.
c) A competência concorrente sobre as matérias enumeradas na Constituição Federal abrange a União, os Estados e Distrito Federal, excluídos os Municípios.
d) Os Estados poderão ter competência para certos assuntos quando delegados pela União, porém sobre questões específicas das matérias da competência federal privativa.
e) Os Municípios têm competência suplementar para suprir lacunas da legislação federal e estadual, mas sem contraditá-las, e competência exclusiva para assuntos de interesse local.

Resposta: “a”.

15. (MPE/PR-2008) Compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre (assinale a alternativa correta):

a) Orçamento, produção e consumo, previdência social e serviço postal;
b) Desapropriação, telecomunicações, orçamento e custas dos serviços forenses;
c) Proteção à infância e à juventude, ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
d) Procedimentos em matéria processual, proteção e defesa da saúde, política de crédito e serviço postal;
e) Águas, energia, juntas comerciais e orçamento.

Resposta: “c”. Art. 24, XV e VII, da CF/88.

16. (DP/ES — CESPE/UnB-2009) Suponha que um Estado-membro da Federação tenha legislado, de forma exaustiva, acerca de assistência jurídica e defensoria pública, dada a inexistência de legislação federal sobre o tema. Nesse caso, ao ser promulgada legislação federal a esse respeito, as normas estaduais incompatíveis com ela serão automaticamente revogadas.

Resposta: “errado”. Na verdade, em relação à competência concorrente (na questão, art. 24, XIII), a superveniência de lei federal suspende a eficácia no que for contrário. Não se trata, portanto, de revogação.

17. (MP PR/2009) Compete privativamente à União legislar sobre:

a) proteção à infância e juventude;
b) direito financeiro;
c) produção e consumo;
d) registros públicos;
e) proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

Resposta: “d”. Art. 22, XXV, da CF/88. *Letra “a”* , art. 24, XV (competência concorrente). *Letra “b”* , art. 24, I (competência concorrente). *Letra “c”* , art. 24, V (competência concorrente). *Letra “e”* , art. 24, XIV (competência concorrente).

18. (Agente Técnico Legislativo — Direito — FCC/2010) No âmbito da legislação concorrente, conforme a estrutura federativa brasileira:

a) são reservadas aos Municípios as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição, ditas competências remanescentes.
b) inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades.
c) compete aos Estados legislar sobre assuntos de interesse local.
d) compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.
e) a competência da União para legislar sobre normas gerais exclui a competência suplementar dos Estados e dos Municípios.

Resposta: “b”.

19. (Analista MP/SP — Vunesp/2010 — 1.ª fase) No tocante à repartição de competências no Estado Brasileiro, a Constituição Federal estabelece como competência concorrente da União, do Distrito Federal e dos Estados legislar sobre:

a) serviço postal.
b) águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.
c) jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia.
d) populações indígenas.
e) custas dos serviços forenses.

Resposta: “e”. Cf. arts. 22, V (serviços postais — União); 22, IV (águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão); 22, XII (jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia); 22, XIV (populações indígenas); e 24, IV (custas dos serviços forenses).

20. (Exame da OAB Unificado 2010.2 — FGV) Um determinado Estado-membro editou lei estabelecendo disciplina uniforme para a data de vencimento das mensalidades das instituições de ensino sediadas no seu território. Examinada a questão à luz da partilha de competência entre os entes federativos, é correto afirmar que:

a) mensalidade escolar versa sobre direito obrigacional, portanto, de natureza contratual, logo cabe à União legislar sobre o assunto.
b) a matéria legislada tem por objeto prestação de serviço educacional, devendo ser considerada como de interesse típico municipal.
c) por versar o conteúdo da lei sobre educação, a competência do Estado-membro é concorrente com a da União.
d) somente competirá aos Estados-membros legislar sobre o assunto quando se tratar de mensalidades cobradas por instituições particulares de Ensino Médio.

Resposta: "a".

21. (XXXII MP/RJ — 2011) A alternativa que inclui em seu rol competência legislativa não privativa da União é:

a) desapropriação; requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.
b) sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; comércio exterior e interestadual.
c) sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; sistemas de consórcios e sorteios e propaganda comercial.
d) águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.
e) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, tributário, financeiro, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Resposta: "e". Conforme se observa, vem sendo frequente a necessidade de conhecimento da "letra" fria da Constituição, notadamente em relação à competência legislativa. Portanto, foque na leitura dos arts. 21, 22, 23, 24 e 30, CF/88. A *letra "a"* exigia o conhecimento do art. 22, I, II e III. A *letra "b"* , do art. 22, VI, VII e VIII. A *letra "c"* , do art. 22, XIX, XX e XXIX. A *letra "d"* , do art. 22, IV. A letra "e", além das matérias de *competência privativa da União* , do art. 22, I, é a única que traz matérias que são de competência concorrente entre a União, os Estados e o DF (e, assim, não apenas privativas da União), quais sejam, direito tributário e financeiro , conforme art. 24, I.

[1] Características essas mantidas pelo povo através do plebiscito convocado conforme o art. 2.º do ADCT: "No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de **plebiscito** , a **forma** (**república** ou **monarquia constitucional**) e o **sistema de governo** (**parlamentarismo** ou **presidencialismo**) que devem

vigorar no País”. A EC n. 2/92 estabeleceu novas diretrizes para o aludido artigo do ADCT.

[2] O art. 1.º, *caput* , fala em **“República Federativa do Brasil”** , sendo repetida tal expressão no art. 18, *caput* .

[3] Como observam Luiz A. D. Araujo e Vidal S. Nunes Jr., “as **formas de Estado** referem-se à projeção do poder dentro da esfera territorial, tomando como critério a existência, a intensidade e o conteúdo de descentralização político-administrativa de cada um” (*Curso de direito constitucional* , p. 170).

[4] *Curso de direito constitucional* , p. 72.

[5] Sobre o assunto, consultar o clássico *O federalista* , de Alexandre Hamilton, John Jay e James Madison, coletânea de artigos refletindo, densamente, as ideologias que inspiraram a Constituição norte-americana.

[6] Raul Machado Horta, *Direito constitucional* , 4. ed., p. 306-307

[7] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional* , 34. ed., p. 56.

[8] Augusto Zimmermann, *Curso de direito constitucional* , 4. ed., p. 392.

[9] Augusto Zimmermann, *Curso de direito constitucional* , 4. ed., p. 389, nota 7.

[10] André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional* , 7. ed., p. 1049.

[11] André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional* , 7. ed., p. 1049.

[12] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo* , 32. ed., p. 649.

[13] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional* , 34. ed., p. 60.

[14] Redação de acordo com o texto original (A. Campanhole e H. L. Campanhole, *Constituições do Brasil* , p. 751).

[15] L. P. Mota e C. Spitzcovsky , *Curso de direito constitucional* , p. 74.

[16] Aprofundamos o tema dos **princípios fundamentais** (arts. 1.º a 4.º, CF/88) no *capítulo 21* do presente estudo.

[17] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo* , 17. ed., p. 471-472.

[18] Celso Bastos, *Curso de direito constitucional* , p. 159-160.

[19] Apenas por curiosidade é interessante lembrar que as constelações que

figuram na Bandeira Nacional correspondem ao aspecto do céu, na cidade do Rio de Janeiro, às 8 horas e 30 minutos do dia **15.11.1889** (12 horas siderais), e devem ser consideradas como vistas por um observador situado fora da esfera celeste. Serão suprimidas da Bandeira Nacional as estrelas correspondentes aos Estados extintos, permanecendo a designada para representar o novo Estado, resultante de fusão, observado, em qualquer caso, o dever de manter a disposição estética original constante do desenho proposto pelo Decreto n. 4, de 19 de novembro de 1889 (art. 3.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º, da **Lei n. 5.700/71** , na redação dada pela Lei n. 8.421, de 11.05.1992).

[20] "O Hino Nacional é composto da música de Francisco Manoel da Silva e do poema de Joaquim Osório Duque Estrada, de acordo com o que dispõem os Decretos n. 171, de 20 de janeiro de 1890, e n. 15.671, de 6 de setembro de 1922, conforme consta dos Anexos números 3, 4, 5, 6 e 7. A marcha batida, de autoria do mestre de música Antão Fernandes, integrará as instrumentações de orquestra e banda, nos casos de execução do Hino Nacional, mencionados no inciso I do art. 25 desta Lei, devendo ser mantida e adotada a adaptação vocal, em fá maior, do maestro Alberto Nepomuceno" (art. 6.º da Lei n. 5.700/71). De maneira interessante, a **Lei n. 12.031, de 21.09.2009** , alterou a referida Lei n. 5.700/71, tornando obrigatória a **execução semanal** do Hino Nacional nos estabelecimentos públicos e privados de ensino fundamental.

[21] As Armas Nacionais são as instituídas pelo Decreto n. 4, de 19 de novembro de 1889, com a alteração feita pela Lei n. 5.443, de 28 de maio de 1968 (Anexo n. 8), devendo obedecer à proporção de 15 (quinze) de altura por 14 (quatorze) de largura e atender às diversas disposições do art. 8.º (arts. 7.º e 8.º da Lei n. 5.700/71). De acordo com o art. 26 da referida Lei n. 5.700/71, é **obrigatório o uso das Armas Nacionais:** *a*) no Palácio da Presidência da República e na residência do Presidente da República; *b*) nos edifícios-sede dos Ministérios; *c*) nas Casas do Congresso Nacional; *d*) no STF, nos Tribunais Superiores e nos "Tribunais Federais de Recursos" (lembrando que referidos Tribunais não estão mais presentes na CF/88, em razão da existência de TRFs e do STJ); *e*) nos edifícios-sede dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dos Estados, Territórios e Distrito Federal; *f*) nas Prefeituras e Câmaras Municipais; *g*) na frontaria dos edifícios das repartições públicas federais; *h*) nos quartéis das forças federais de terra, mar e ar (entendam-se *Forças Armadas* , quais sejam, a Marinha, o Exército e a Aeronáutica) e das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, nos seus armamentos, bem como nas fortalezas e nos navios de guerra; *i*) na frontaria ou no salão principal das escolas públicas; *j*) nos papéis de expediente, nos convites e nas publicações oficiais de nível federal.

[22] O art. 27 da Lei n. 5.700/71 estabelece que o Selo Nacional será usado para

autenticar os atos de governo e bem assim os **diplomas** e certificados **expedidos** pelos estabelecimentos de ensino oficiais ou reconhecidos.

[23] Todas imagens foram retiradas do site <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/simbolos-nacionais>.

[24] *Curso de direito constitucional positivo*, p. 430-431.

[25] *Curso de direito constitucional*, 4. ed., p. 211.

[26] Cf. J. A. da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 412.

[27] "Art. 20. São bens da União: I — os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II — as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; III — os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV — as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II (EC n. 46/2005); V — os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI — o mar territorial; VII — os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII — os potenciais de energia hidráulica; IX — os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X — as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; XI — as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios."

[28] De acordo com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, " **terras devolutas** são as **terras públicas não aplicadas ao uso comum nem ao uso especial**. Sua origem é a seguinte. Com a descoberta do País, todo o território passou a integrar o domínio da Coroa Portuguesa. Destas terras, largos tratos foram trespassados aos colonizadores, mediante as chamadas concessões de sesmarias e cartas de data, com a obrigação de medi-las, demarcá-las e cultivá-las (quando então lhes adviria a confirmação, o que, aliás, raras vezes sucedeu), sob pena de 'comisso', isto é, de reversão delas à Coroa, caso fossem descumpridas as sobreditas obrigações. Tanto as terras que jamais foram trespassadas, como as que caíram em comisso, *se não ingressaram no domínio privado por algum título legítimo e não receberam destinação pública, constituem as terras devolutas*. Com a independência do País passaram a integrar o domínio imobiliário do Estado Brasileiro. Pode-se **definir as terras devolutas** como sendo as que, *dada a origem pública da propriedade fundiária no Brasil, pertencem ao*

Estado — sem estarem aplicadas a qualquer uso público — porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou, se o foram, caíram em comisso, nem se integraram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo ” (*Curso de direito administrativo* , 12. ed., p. 733).

[29] A **EC n. 49/2006** acabou com o monopólio da União sobre a produção, comercialização e utilização de **radioisótopos** , que poderão ser autorizadas sob o **regime de permissão** , conforme as alíneas “b” e “c” do inciso XXIII do ***caput*** do art. 21 da CF, nas áreas da medicina, agricultura e indústria (cf. *item 20.3*). Em relação à **manutenção do monopólio dos Correios** (art. 21, X), cf. *item 20.2* , **ADPF 46** , j. 05.08.2009.

[30] *Curso de direito constitucional* , 2. ed., p. 820 (grifamos). Amigo professor, interessante, inclusive para ser trabalhada em aula com os alunos, a decisão monocrática do Min. Celso de Mello na **AC-MC/RR 1.255** , *DJ* de 22.06.2006.

[31] “Ao Distrito Federal são atribuídas as **competências legislativas reservadas aos Estados** e Municípios.”

[32] Ver no *item 7.6.2.2* comentários à **competência legislativa suplementar municipal** , onde entendemos também caber a participação municipal suplementando a legislação geral e específica, dentro do interesse local municipal.

[33] *Curso de direito constitucional positivo* , 17. ed., p. 644.

[34] De acordo com a divulgação do TSE, **66,60%** da população do Estado do Pará foi contra a criação de Carajás.

[35] Conforme divulgação do TSE, **66,08%** da população do Estado do Pará foi contra a criação de Tapajós.

[36] **ADI 2.650** , Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.08.2011, Plenário, *DJE* de 16.11.2011.

[37] *Comentário contextual à Constituição* , 2. ed., p. 249.

[38] Nesse sentido, destacamos a **LC n. 103/2000** , que, em razão da regra contida no art. 22, parágrafo único, da CF/88, **autorizou** os **Estados** e o **DF** a instituírem, **mediante lei de iniciativa do Poder Executivo** , o **piso salarial** de que trata o art. 7.º, V, da Constituição Federal, para os **empregados** que **não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho** (cf. *item 15.4.1*).

[39] Ver no *item 7.6.2.2* comentários à **competência legislativa suplementar**

municipal , onde entendemos também caber a participação municipal suplementando a legislação geral e específica, dentro do interesse local municipal.

[40] Porém, lembrar o conteúdo do art. 177, que diz: "Constituem monopólio da União: I — a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II — a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III — a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV — o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V — a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, **com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas "b" e "c" do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal** (cf. **EC n. 49/2006**). § 1.º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei".

[41] *Elementos de direito constitucional* , p. 112.

[42] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo* , 17. ed., p. 645.

[43] Nesse sentido, "Emenda Constitucional 15/96. Criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, nos termos da lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar e após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal. Inexistência da lei complementar exigida pela Constituição Federal. Desmembramento de município com base somente em lei estadual. Impossibilidade" (ADI 2.702, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.11.2003, *DJ* de 06.02.2004).

[44] Nesse sentido, cf. ADI 2.381-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14.12.2001; ADI 3.149/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 1.º.04.2005; ADI 2.702/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 06.02.2004; ADI 2.967/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 19.03.2004; ADI 2.632/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12.03.2004.

[45] ADIs **2.240** (*Lei n. 7.619/2000* , do Estado da Bahia — que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães), **3.316** (*Lei n. 6.983/98* , do Estado do Mato Grosso — que criou o Município de Santo Antônio do Leste, a partir de área desmembrada do Município de Novo São Joaquim), **3.489** (*Lei n. 12.294/2002* ,

do Estado de Santa Catarina — que anexa ao Município de Monte Carlo a localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos) e **3.689** (*Lei n. 6.066/97* , do Estado do Pará — que, alterando divisas, desmembrou faixa de terra do Município de Água Azul do Norte e integrou-o ao de Ourilândia do Norte).

[46] *Elementos de direito constitucional,* p. 106.

[47] Sobre o assunto, consultar a **Lei n. 10.257, de 10.07.2001** , denominada **Estatuto da Cidade** , com *vacatio legis* de **90 dias** , que, regulamentando os arts. 182 e 183 da CF/88, trouxe importantes inovações. No tocante ao **plano diretor** , o art. 41 da referida lei diz ser obrigatório para cidades: **a)** com mais de 20.000 habitantes; **b)** integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; **c)** onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4.º do art. 182 da Constituição Federal; **d)** integrantes de áreas de especial interesse turístico; **e)** inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Estabelece, ainda, o art. 41, § 2.º, da referida lei que, no caso de cidades com mais de **500.000 habitantes** , deverá ser elaborado um **plano de transporte urbano integrado** , compatível com o **plano diretor** ou nele **inserido** .

[48] Terminologia utilizada por José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo* , p. 553.

[49] Ver comentários à **competência legislativa suplementar municipal** , onde entendemos também caber a participação municipal suplementando a legislação geral e específica, dentro do interesse local municipal.

[50] *Elementos de direito constitucional* , p. 92.

[51] Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, *Curso de direito constitucional* , 4. ed., p. 850.

[52] Raul Machado Horta, *Direito constitucional* , 4. ed., p. 309.

[53] Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, *Curso de direito constitucional* , 4. ed., p. 850.

[54] Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, *Curso de direito constitucional* , 4. ed., p. 850.

[55] Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, *Curso de direito constitucional* , 4. ed., p. 850.

[56] Amigo concurseiro, é por isso que eu digo... **não desista dos sonhos** . O

momento é passageiro e vai dar certo! Tanta força de vontade vai valer a pena.

[57] Humberto Peña de Moraes, Do processo interventivo, no contorno do Estado federal..., in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário:* Emenda Constitucional n. 45/2004, p. 229.

[58] Interessante a observação de Michel Temer, que diz: "na verdade, quando a União intervém em dado Estado, todos os Estados estão intervindo conjuntamente; a União age, no caso, em nome da Federação" (*Elementos de direito constitucional,* p. 79).

[59] Nos termos do art. 98 da Lei n. 4.320/64, "a dívida fundada compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou financeiro de obras e serviços públicos". Trata-se, assim, de **passivo financeiro** .

[60] Conforme já alertamos, a alínea "e" do inciso VII do art. 34 da CF/88 tinha sido acrescentada pela EC n. 14/96. Sua redação, contudo, foi alterada pela **EC n. 29, de 13.09.2000** , fazendo constar que a aplicação do mínimo exigido não se restringirá à manutenção e desenvolvimento somente do ensino, mas, também, às **ações e serviços públicos de saúde** , sendo os recursos mínimos para esta última, até o **exercício de 2004** , fixados de acordo com o art. 77 do ADCT (acrescentado pela referida emenda). A partir do **exercício financeiro de 2005** , os recursos mínimos serão fixados por **lei complementar** , nos termos do art. 198, § 3.º (acrescentado pela EC n. 29/2000). No entanto, caso esta lei complementar não seja editada, a partir de 2005 aplicar-se-ão à União, aos Estados, ao DF e aos Municípios as regras fixadas no art. 77 do ADCT, até que seja editado o referido ato normativo.

[61] Humberto Peña de Moraes, Do processo interventivo, no contorno do Estado federal..., cit., p. 229.

[62] Redação dada pela **EC n. 29, de 13.09.2000** .

8

SEPARAÇÃO DE "PODERES" — TEORIA GERAL

■ 8.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

■ 8.1.1. Aristóteles: identificação das funções do Estado

As primeiras bases teóricas para a "tripartição de Poderes" foram lançadas na Antiguidade grega por **Aristóteles**, em sua obra *Política*, em que o pensador vislumbrava a existência de **três funções distintas** exercidas pelo poder **soberano**, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos.

Acontece que **Aristóteles**, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a **concentração** do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder "incontrastável de

mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei. A célebre frase de *Luís XIV* reflete tal descrição: “ *L’État c’est moi* ”, ou seja, “o Estado sou eu”, o soberano.

Dessa forma, **Aristóteles** contribuiu no sentido de **identificar o exercício de três funções estatais distintas** , apesar de exercidas por um único órgão.

8.1.2. Montesquieu: correspondência entre a divisão funcional e uma divisão orgânica

Muito tempo depois, a teoria de Aristóteles seria “aprimorada” pela visão precursora do Estado liberal burguês desenvolvida por **Montesquieu** em seu *O espírito das leis* .

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão* , em seu art. 16.

Por meio dessa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente. Assim, cada órgão exercia somente a função que fosse típica, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo. Tais atividades passam a ser realizadas, independentemente, por cada órgão, surgindo, assim, o que se denominou **teoria dos freios e contrapesos** , [1] balizada pelo STF nos seguintes termos:

> “Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os ‘freios e contrapesos’ admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que **guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República:** precedentes (...)” (ADI 1.905-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.98, *DJ* de 05.11.2004).
>
> “Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembleia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe

de Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba **não seguiu o paradigma da Constituição Federal**, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos — cuja **aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica** — e maculando o Princípio da Separação de Poderes (...)" (ADI 2.911, Rel. Min. Carlos Britto, j. 10.08.2006, *DJ* de 02.02.2007).

■ 8.1.3. Abrandamento da teoria de Montesquieu — funções típicas e atípicas

A teoria da "tripartição de Poderes", exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta dos mesmos.

Dessa forma, além do exercício de **funções típicas** (*predominantes*), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer uma função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma **função atípica** de natureza *executiva* e outra **função atípica** de natureza *jurisdicional*.

Importante notar que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário. Vejamos o quadro abaixo, trazendo uma visão panorâmica das **funções típicas** de cada órgão, bem como **exemplos** de algumas **funções atípicas:**

ÓRGÃO	FUNÇÃO TÍPICA
LEGISLATIVO	■ legislar ■ fiscalizaçãc

	contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo
EXECUTIVO	■ prática de atos de

	chefia de Estado, chefia de governo e atos de administraçã
JUDICIÁRIO	■ julgar (*função*

	jurisdicional), dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei

8.1.4. Impropriedade da expressão "tripartição de Poderes"

Depois do todo visto, devemos apenas sistematizar a imprecisão da utilização da expressão "tripartição de Poderes".

Isso porque o poder é **uno** e **indivisível** . O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de **órgãos** que exercem **funções** . Assim, temos:

a) poder: uno e indivisível, um atributo do Estado que emana do povo;
b) função: "a função constitui, pois, um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar a sua vontade"; [2]
c) órgão: "os órgãos são, em consequência, os instrumentos de que se vale

o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa”. [3]

Assim, todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só Poder, uno e indivisível. Esses atos adquirem diversas formas, dependendo das funções exercidas pelos diferentes órgãos. Assim, o órgão legislativo exerce uma função típica, inerente à sua natureza, além de funções atípicas, conforme vimos no quadro anterior, ocorrendo o mesmo com os órgãos executivo e jurisdicional.

Feitas essas observações, devemos lembrar que a expressão “tripartição de Poderes”, normalmente, é utilizada sem muito rigor técnico, inclusive pela própria Constituição, que em seu art. 2.º assevera: “São **Poderes** da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Portanto, por “Poderes” entendam-se órgãos, em decorrência do que expusemos acima.

■ 8.1.5. A independência dos Poderes e a indelegabilidade de atribuições

Ressaltamos serem os “Poderes” (órgãos) independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida e assegurada quando da manifestação do *poder constituinte originário* .

Nesse sentido, as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do **princípio da indelegabilidade de atribuições** . Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo.

Por fim, lembre-se que a CF/88 erigiu à categoria de **cláusula pétrea a separação de Poderes** , conforme se observa pelo art. 60, § 4.º, III.

■ 8.2. QUESTÕES

1. (Magistratura/SP/170.º) Como decorrência do princípio da independência e harmonia dos Poderes: I) o Poder Executivo não participa do processo legislativo; II) ao Poder Judiciário é vedada a prática de atos administrativos; III) cada um dos Poderes pode organizar livremente seus serviços, observando apenas os preceitos

constitucionais e legais. Pode-se dizer que:

a) apenas a afirmativa I é correta;
b) apenas a afirmativa II é correta;
c) apenas a afirmativa III é correta;
d) há mais de uma afirmativa correta.

Resposta: “c”. A “I” é errada, pois, como veremos ao tratar do processo legislativo, o Chefe do Executivo participa através da sanção ou veto. A “II” é errada, pois, como vimos, o Judiciário exerce função atípica de natureza administrativa, como ao conceder férias aos seus funcionários.

2. (OAB/SP/101.º) A divisão dos Poderes, bem como sua independência, não é absoluta. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos à busca do equilíbrio necessário. Só não é exemplo de freios e contrapesos:

a) o Executivo tem participação importante no Legislativo quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto;
b) o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto do Executivo;
c) os Tribunais, embora não interfiram no Legislativo, estão autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis;
d) o Poder Legislativo se organiza em duas Casas, Câmara e Senado, sistema denominado bicameralismo.

Resposta: “d”.

3. (TJ/PI — CESPE/UnB) Quanto às teorias das formas de governo e da soberania, assinale a opção correta:

a) Para Maquiavel, as formas de governo são os principados, as repúblicas e as democracias.
b) Jean Bodin passou para a história do pensamento político como o teórico da soberania. Como para ele soberania significa poder supremo, o soberano não estaria submetido a qualquer regra, salvo as leis naturais, as divinas e o direito privado.
c) Para Hobbes, o poder soberano deve ser dividido, pois a melhor forma de governo seria a do governo misto.
d) Para Montesquieu, três são as formas de governo: monarquia, aristocracia e política ou timocracia, que se degeneram por meio da tirania, da oligarquia e da democracia, respectivamente.
e) Para Aristóteles, os governos são republicano — no qual todo o povo, ou pelo menos uma parte dele, detém o poder supremo —; monárquico — em que uma só pessoa governa —; e despótico — em que um só arrasta tudo e todos com sua vontade e seus caprichos, sem leis ou freios.

Resposta: “b”.

4. (DP/SP/2006 — FCC) Sobre o princípio da separação de poderes, ao prescrever a independência e harmonia entre as diversas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária), bem como um sistema de controles recíprocos, é possível afirmar que:

I. A teoria dos *checks and balances* prevê que a cada função foi dado o poder para exercer um grau de controle direto sobre as outras, mediante a autorização para o exercício de uma parte, embora limitada, das outras funções.

II. Entre 1989 e 1998, 14% das leis aprovadas foram de autoria de deputados e senadores ou de comissões parlamentares, o que demonstra a preponderância do poder executivo na função legislativa no Brasil.

III. A cláusula da separação de poderes prevista no inciso III do parágrafo 4.º do artigo 60 torna inconstitucional emendas que modifiquem o arranjo de separação de poderes existente no texto constitucional.

Está correto o que se afirma em

a) II, apenas.
b) III, apenas.
c) I e II, apenas.
d) I e III, apenas.
e) I, II e III.

Resposta: “c”.

5. (Agente Técnico Legislativo de SP — Direito — FCC/2010) No Brasil, as funções atípicas, relacionadas à teoria da separação de poderes:

a) são consideradas inconstitucionais, pois ferem a harmonia e a independência dos Poderes.
b) só poderão ser realizadas mediante expressa previsão legal.
c) possibilitam ao Senado Federal julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade.
d) permitem aos Tribunais Superiores aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.
e) garantem ao Poder Executivo prerrogativa para apurar fato determinado e por prazo certo com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

Resposta: “c”. A letra “a” está errada, na medida em que as funções atípicas são introduzidas pelo poder constituinte originário e, assim, perfeitamente possível a instituição de exceções à regra geral. Portanto, a letra “b” também se mostra incorreta, já que a exceção deverá estar prevista na Constituição , e não em lei. A letra “d”, por sua vez, está errada, pois a *Reforma do Judiciário* (EC n. 45/2004) estabeleceu que apenas o STF poderá editar súmula vinculante . Finalmente, a letra “e” está errada, na medida em que a previsão indicada foi constitucionalmente assegurada para a CPI (Legislativo), e não para o Executivo (art. 58, § 3.º).

6. (Procurador de Estado — PGE-AL/CESPE/UnB/2009) Tendo como referência inicial o texto, assinale a opção correta:

Quando, na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo se junta ao Executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o Poder Judiciário não está separado do Legislativo e do Executivo. Se houvesse tal união com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o Judiciário se unisse com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três Poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e conflitos dos cidadãos. Montesquieu. In: Norberto Bobbio. *A teoria das formas de governo* . 10. ed. Brasília: EDUnB, p. 137 (com adaptações).

a) Para a moderna doutrina constitucional, cada um dos poderes constituídos exerce uma função típica e exclusiva, afastando o exercício por um poder de função típica de outro.

b) A CF, atenta às discussões doutrinárias contemporâneas, não consigna que a divisão de atribuições estatais se faz em três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

c) O poder soberano é uno e indivisível e emana do povo. A separação dos poderes determina apenas a divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos. Essa divisão, contudo, não é estanque, pois há órgãos de determinado poder que executam atividades típicas de outro. Um exemplo disso, na CF, é a possibilidade de as comissões parlamentares de inquérito obterem acesso a decisão judicial protegida sob o manto do segredo de justiça.

d) A edição de súmula vinculante vedando a nomeação de parentes da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança em qualquer dos poderes da União, dos estados, do DF e dos municípios viola o princípio da separação dos poderes.

e) A cada um dos poderes foi conferida uma parcela da autoridade soberana do Estado. Para a convivência harmônica entre esses poderes existe o mecanismo de controles recíprocos (*checks and balances*). Esse mecanismo, contudo, não chega ao ponto de autorizar a instauração de processo administrativo disciplinar por órgão representante de um poder para apurar a responsabilidade de ato praticado por agente público de outro poder.

Resposta: “e”.

7. (Analista Judiciário — TRT/17 — Área Administrativa —

CESPE/UnB/2009) A separação dos Poderes no Brasil adota o sistema norte-americano checks and balances , segundo o qual a separação das funções estatais é rígida, não se admitindo interferências ou controles recíprocos.

Resposta: "errado".

[1] "O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como ***sistema de freios e contrapesos*** . Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são **atos *gerais*** ou são ***especiais*** . Os ***atos gerais*** , que só podem ser praticados pelo **poder legislativo** , constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, **o poder legislativo** , que só pratica atos gerais, **não atua concretamente na vida social** , não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do **poder executivo** , por meio de ***atos especiais*** . O executivo dispõe de **meios concretos para agir** , mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão **limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo** . E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a **ação fiscalizadora do poder judiciário** , obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência" (Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado* , p. 184-185) (o original não está "negritado").

[2] Celso R. Bastos, *Curso de direito constitucional* , p. 340.

[3] Idem, ibidem.

9

PODER LEGISLATIVO

9.8.3.13. CPIs estaduais e quebra do sigilo bancário

Como se sabe, não há expressa previsão constitucional para a criação de *CPIs não federais*.

O art. 58, § 3.º, conforme visto, refere-se apenas e expressamente à criação de CPIs no âmbito da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou de ambas as Casas, no caso, a CPMI (*Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*).

A grande questão que surge é definir a **possibilidade** de criação dessas CPIs em **âmbito não federal** e, o mais importante, a **amplitude de seus poderes de investigação** que são, pela ideia de simetria, próprios das autoridades **judiciais**.

a amplitude de atuação das CPIs estaduais e a decisão inédita de não prejudicialidade

A possibilidade de criação de CPIs em âmbito estadual, distrital e municipal e, assim, o exercício da **função fiscalizadora** decorre da ideia de **equilíbrio do pacto federativo** e do **princípio da separação de poderes**, parecendo razoável que cada CPI cuide de problemas afetos à sua amplitude, vale dizer, a CPI federal fiscalizaria a Administração federal, a CPI estadual, a do respectivo Estado e assim por diante.

Esse tema da amplitude da CPI **ainda está para ser mais bem delimitado** pelo STF, especialmente no julgamento da **ACO 622**, ação popular que, conforme visto, busca declarar a nulidade da *Res. n. 507/2001*, da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, pela qual se instituiu **CPI** para apurar as causas do acidente da **plataforma P-36 da PETROBRAS**, localizada na Bacia de Campos.

Sustenta-se na referida ação (originária no STF diante da ideia de conflito federativo, nos termos do art. 102, I, "f"), que a Assembleia Legislativa do RJ **não** teria **competência investigatória** sobre o fato, já que há **nítido interesse da União**, notadamente por estar a plataforma em **mar territorial** e por envolver a **PETROBRAS**.

Conforme vimos acima, a CPI estadual encerrou os seus trabalhos e o STF, mesmo assim, **não acatou a jurisprudência da prejudicialidade da ação**, aguardando-se o julgamento de mérito (cf. ACO 622 QO/RJ, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 07.11.2007, *Inf. 487/STF* — **matéria pendente de julgamento pelo STF**).

poderes: a questão específica da quebra do sigilo bancário

Em relação aos poderes das CPIs, a questão mais tormentosa é se seria possível a **quebra de sigilo bancário pela CPI não federal**.

Existem precedentes admitindo o poder de quebra do sigilo fiscal pela **CPI estadual**, desde que, naturalmente, **fundamentado** o pedido. Nesse sentido:

> "Ação cível originária. Mandado de segurança. **Quebra de sigilo de dados bancários determinada por CPI de Assembleia Legislativa**. Recusa de seu cumprimento pelo Banco Central do Brasil. LC 105/2001. Potencial conflito federativo (cf. ACO 730-QO). Federação. Inteligência. Observância obrigatória, pelos Estados-membros, de aspectos fundamentais decorrentes do princípio da separação de poderes previsto na CF de 1988. **Função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo**. Mecanismo essencial do sistema de *checks-and-counterchecks* adotado pela CF de 1988. Vedação da utilização desse mecanismo de controle pelos órgãos legislativos dos Estados-membros. Impossibilidade. Violação do equilíbrio federativo e da separação de Poderes. **Poderes de CPI estadual: ainda que seja omissa a LC 105/2001, podem essas comissões estaduais requerer quebra de sigilo de dados bancários, com base no art. 58, § 3.º, da Constituição**" (ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 22.09.2004, Plenário, *DJ* de 11.11.2005).

Em certa passagem de seu voto, o Relator destaca argumentação do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento da **ADI 98** (j. 18.12.1997), que sugere "'... uma terceira modalidade de limitações à autonomia constitucional dos Estados: além dos grandes princípios e das vedações — esses e aqueles, implícitos ou explícitos — hão de acrescentar-se às **normas constitucionais centrais** que, não tendo o alcance dos princípios, nem o conteúdo negativo das vedações, são, não obstante, de **absorção compulsória — com ou sem reprodução expressa — no ordenamento parcial dos Estados e Municípios**'. Entendo que a possibilidade de criação de comissões parlamentares de inquérito seja uma dessas normas de absorção compulsória nos Estados-membros, destinada a garantir o potencial do poder legislativo em sua função de fiscal da administração".

O tema, amplamente discutido na referida **ACO 730**, cujo resultado foi bastante apertado, por **6 X 5** (*lembrando que a composição, à época, era totalmente distinta da atual*), volta a ser analisado pelo STF, no julgamento da **ACO 1271** (conhecida como *mandado de segurança*), tendo havido (*até o fechamento dessa edição*) apenas os votos do Min. Joaquim Barbosa (que concedia a ordem) e do Min. Eros Grau (que a denegava), na medida em que, em 11.03.2010, houve pedido de vista pelo Min. Dias Toffoli (cf. *Inf. 578/STF* — **matéria pendente de julgamento pelo STF**).

Na referida ação, a Assembleia Legislativa do Estado Rio de Janeiro

ataca ato do chefe da *Superintendência Regional da Receita Federal*, que, diante de pedido formulado pela "CPI das Milícias", negou o fornecimento de informações fiscais a respeito dos investigados, com base no **dever de sigilo fiscal**, na medida em que as atribuições conferidas pelo art. 58, § 3.º, às CPIs federais não se estenderiam às CPIs no âmbito estadual.

Conforme noticiado, "o relator assinalou que, numa federação, a outorga de competência no campo da fiscalização aos entes federados que não compõem a União seria **ínsita ao tipo de equilíbrio do pacto federativo que se tem por emanado da Constituição**. Registrou que, mesmo em uma **federação** tendente à concentração, como é o caso da brasileira, seria **imprescindível assegurar acervo mínimo de instrumentos para que cada um dos Poderes**, no âmbito do respectivo ente federado e nos limites legais, **pudesse exercer com plenitude seu dever de restringir a atividade inadequada, ilegal, inconstitucional** que porventura fosse praticada por representante de outro Poder. Considerou que o fato de o art. 58, § 3.º, da CF se referir literalmente à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal não restringiria, por si só, o alcance do dispositivo às entidades federais. Afirmou que, por uma questão de **simetria**, as aptidões essenciais ao exercício da função de controle pelo Legislativo da União deveriam ser adaptadas à realidade dos Estados-membros e do Distrito Federal, respeitados sempre os âmbitos de atuação de cada um, salientando que, salvo momentos pontuais de instabilidade institucional, a União não poderia substituir o Estado-membro na representação da vontade de seus cidadãos e no exercício da competência que a Constituição lhes assegura. Enfatizou que os Estados-membros e o Distrito Federal estariam representados politicamente na formação da vontade nacional, de modo que não se poderia cogitar de qualquer hierarquia entre os entes federados. Citou, ainda, disposição da Constituição do Estado do Rio de Janeiro acerca dos poderes de investigação de comissão parlamentar de inquérito..." (*Inf. 578/STF*).

Em outra decisão, o Min. Joaquim Barbosa concedeu liminar autorizando a **transferência de informações protegidas por sigilo fiscal** para a CPI no âmbito da Assembleia Legislativa de São Paulo, que investiga supostas irregularidades e fraudes praticadas contra cerca de 3.000 mutuários da Cooperativa Habitacional dos Bancários do Estado de São Paulo — BANCOOP (**MS 29.046**, liminar proferida em 13.08.2010. Referido mandado de segurança, em 04.11.2011, foi julgado prejudicado, na medida em que a CPI encerrou os seus trabalhos).

Essa parece ser a melhor decisão e na linha do que o STF já vinha decidindo (ACO 730), sob pena de se esvaziar o papel das CPIs estaduais.

■ **a questão concreta sobre a quebra do sigilo bancário**

A questão concreta sobre a *quebra do sigilo bancário* e a discussão em relação à necessidade ou não de **autorização judicial** foi decidida pelo STF no julgamento do **RE 389.808** (j. **15.12.2010**).

A discussão surgiu em razão de comunicado feito pelo *Banco Santander* a determinada empresa, informando que a Delegacia da Receita Federal do Brasil, partindo de *mandado de procedimento fiscal* e com base na LC n. 105/2001, havia determinado àquela instituição financeira a entrega de informações sobre movimentação bancária da empresa durante o período de 1998 a julho de 2001.

Diante dessa notícia, a empresa buscou o Judiciário e, após várias medidas, a decisão final veio do STF, que, no caso concreto, por 5 X 4, estabeleceu a necessidade de **autorização judicial** para a quebra de sigilo bancário, por se tratar de verdadeira **cláusula de reserva de jurisdição**, não tendo, portanto, o Fisco esse poder. Vejamos:

> "EMENTA: SIGILO DE DADOS — AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5.º da Constituição Federal, a **regra** é a privacidade quanto à **correspondência**, às **comunicações telegráficas**, aos **dados** e às **comunicações**, ficando a exceção — a quebra do sigilo — submetida ao crivo de órgão equidistante — o **Judiciário** — e, mesmo assim, **para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal**. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS — RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal — parte na relação jurídico-tributária — o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte" (**RE 389.808**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.2010, Plenário, *DJE* de 10.05.2011).

O Ministro Celso de Mello, em seu voto (inclusive, na **AC 33**), fala em um verdadeiro "'**estatuto constitucional do contribuinte**' — consubstanciador de direitos e limitações **oponíveis ao poder impositivo** do Estado", destacando-se, no caso, o **direito à intimidade** e à **privacidade**.

Afirma, ainda, que as garantias não são absolutas. Aliás, nenhum direito ou garantia fundamental é absoluto, devendo, na hipótese de colisão, ser feito juízo de **ponderação**.

Portanto, para eventual quebra de sigilo bancário, é imprescindível "... a existência de **causa provável**, vale dizer, de **fundada suspeita** quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público. Na realidade, sem **causa provável**, não se justifica, sob pena de inadmissível consagração do arbítrio estatal e de inaceitável opressão do indivíduo pelo Poder Público, a '*disclosure*' das contas bancárias, eis que a **decretação da**

quebra do sigilo não pode converter-se num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa da vida financeira das pessoas em geral".

E, ao final, conclui Celso de Mello: "sendo assim, Senhor Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, entendo que a *decretação da quebra do sigilo bancário*, ressalvada a **competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3.º)**, pressupõe, sempre, a existência de **ordem judicial**, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à *administração tributária*, seja ao *Ministério Público*, seja, ainda, à *Polícia Judiciária*, as informações que lhe tenham sido solicitadas".

Assim, podemos esquematizar:

- **possibilidade de quebra do sigilo bancário:** o Poder Judiciário e as CPIs, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais;
- **não podem quebrar o sigilo bancário, devendo solicitar autorização judiciária:** Administração Tributária, Ministério Público e Polícia Judiciária.

Por todo o exposto, a tendência do STF (e se aguarda uma melhor definição no julgamento da **ACO 1.271**, que retoma a análise dos poderes da CPI estadual, especialmente diante da nova composição da Corte e lembrando que a decisão no RE 389.808, foi apertada, por 5 X 4) é permitir, conforme visto nos precedentes citados e como já vinha julgando, a quebra do sigilo bancário não somente pelo Judiciário como também pela **CPI** (sendo que, nesse caso, haveria transferência de sigilo, devendo a CPI e seus integrantes responsabilizarem-se pela **manutenção do sigilo**, só podendo utilizar as informações nos limites de sua atuação e nos termos da lei e da Constituição, sob pena de serem responsabilizados).

Dessa forma, em sendo o direito de quebra do sigilo assegurado às *CPIs federais*, na medida em que elas têm **"poder de investigação próprio das autoridades judiciais"** (art. 58, § 3.º), necessariamente, dentro da ideia de **simetria** e de **autonomia federativa**, esses poderes também devem ser assegurados às **CPIs estaduais**.

9.8.3.14. CPIs distritais

E a discussão em relação às CPIs no âmbito da **Câmara Legislativa do DF?**

Apesar de ter o Distrito Federal a sua autonomia parcialmente tutelada pela União — e já discutimos a sua amplitude enquanto verdadeiro ente federativo — parece, sim, razoável, que o mesmo entendimento que se dê aos Estados seja estendido para o DF, até porque, muito embora a sua posição

particular na Federação, o DF se aproxima muito mais dos Estados do que dos Municípios (por exemplo, cf. art. 32, § 2.º, que faz coincidir as eleições do Executivo Distrital com a dos Estados-membros, e art. 32, § 3.º, que determina a aplicação do art. 27 (que trata dos Estados) aos Deputados Distritais.

Além do mais, o DF tem representação na Federação, já que indicará 3 Senadores da República (art. 46).

Portanto, entendemos que, se o STF confirmar o poder de quebra do sigilo bancário pelas CPIs estaduais, simetricamente à regra federal, necessariamente deverá reconhecer esse poder às CPIs distritais **(matéria pendente)**.

■ 9.8.3.15. CPIs municipais

E as CPIs no âmbito da **Câmara dos Vereadores, podem quebrar sigilo bancário?**

Poderíamos considerar outros argumentos, como *o risco de abuso por parte das referidas CPIs*, sustentado por alguns autores. Porém, preferimos ficar com uma argumentação puramente jurídica e técnica.

Aqui — e o tema da *disclosure* ainda precisa ser mais bem debatido pelo STF —, entendemos, contudo, que a Câmara dos Vereadores, apesar de poder instaurar CPI, seguindo o modelo federal, **não terá, por si, o poder de quebra do sigilo bancário**.

Não estamos dizendo que a CPI não poderá investigar, até porque é função do Legislativo a fiscalização e o controle da administração pública.

Estamos sugerindo que, na hipótese de quebra de sigilo bancário no âmbito da CPI municipal, tenha que haver **autorização judicial**.

E não há problema em diferenciar os Legislativos de nossa Federação, já que, no Brasil, vigora aquilo que a doutrina denominou **federalismo assimétrico** (cf. *item 7.3.2.3*), ocupando o Município uma posição bastante particular.

Como se sabe, apesar de ser integrante da Federação, e isso não se discute (arts. 1.º e 18, *caput*), a posição dos Municípios não se confunde com a dos Estados e a do DF.

Os Municípios não elegem Senador e, assim, não têm uma representação direta na Federação.

Ainda, o Município, dentro da ideia de autogoverno, não tem **Judiciário** próprio, apesar de existir, naturalmente, a prestação jurisdicional nas comarcas e sessões judiciárias.

Assim, por esse motivo, qual seja, por ter uma posição bastante particular na Federação, sustentamos que as Câmaras Legislativas de Municípios,

apesar de poderem instaurar CPIs, não poderão, por ato próprio, determinar a quebra de sigilo bancário.

Mas é possível essa distinção?

Sem nenhum problema, conforme visto, também, em relação às autoridades do Fisco, à polícia e ao MP.

Resta aguardar a definição do STF sobre a matéria (ACO 1271 — **matéria pendente**), mas tudo leva a crer que a Suprema Corte manterá o entendimento firmado na ACO 730.

Em seu voto, muito embora esse não fosse o núcleo central da discussão, já que a questão envolvia CPI estadual, em *obter dictum* e expressamente, o Min. Joaquim Barbosa, reconhecendo a possibilidade de criação de CPIs municipais, **não** estende a elas o poder de quebra do sigilo bancário.

De acordo com o Min. Joaquim Barbosa, os **poderes instrutórios não são extensíveis às CPIs municipais**. Isso porque se trata, "... no modelo de separação de poderes da Constituição Federal, de uma excepcional derrogação deste poder para dar a uma casa legislativa poderes jurisdicionais, posto que instrutórios. Essa transferência de poderes jurisdicionais não se pode dar no âmbito do município, exatamente porque o município não dispõe de jurisdição nem de poder jurisdicional, a transferir, na área da CPI, do Judiciário ao Legislativo" (voto na ACO 730, p. 82).

Concordamos com a conclusão, mas o nosso fundamento não é, exclusivamente, o fato de inexistir um Judiciário municipal, e sim a situação do Município na Federação, especialmente por não ter representação no Senado Federal.

Também não aceitando a quebra do sigilo bancário por CPI municipal, mas, nessa linha, lembramos Eugênio Pacelli: "ao parlamento municipal não se deve mesmo reconhecer o poder de quebra de sigilo, exatamente em razão da posição que referidos entes (Municípios) ocupam na distribuição do Poder Público. Veja-se, por exemplo, a ampla limitação legiferante dos municípios (restrita às questões de interesse local), e, também, a inexistência de foros privativos, na Constituição da República, para os respectivos parlamentares (vereadores). Ora, sendo assim, não faria sentido permitir a eles poderes superiores às próprias prerrogativas".[22]

Resumindo, os Municípios podem criar CPIs municipais que, contudo, diferente das dos Estados e do DF, não poderão, por si, quebrar sigilo bancário.

9.8.4. Comissão mista

São formadas por Deputados e Senadores para apreciar, dentre outros e em especial, os assuntos que devam ser examinados em **sessão conjunta** pelo

Congresso Nacional.

Devemos lembrar importante **comissão mista permanente** que é a **comissão mista do orçamento**, cujas finalidades estão expressas no art. 166, § 6.º, da CF/88.

9.8.5. Comissão representativa

A comissão representativa apresenta a peculiaridade de constituir-se somente durante o **recesso parlamentar** (período fora da **sessão legislativa**, prevista no art. 57, *caput*).

A representatividade será do Congresso Nacional, sendo a comissão eleita pela Câmara dos Deputados e Senado Federal na **última sessão legislativa ordinária do período legislativo**, com atribuições definidas no regimento comum, sendo que sua composição deverá refletir, na medida do possível, a proporcionalidade da representação partidária (art. 58, § 4.º).

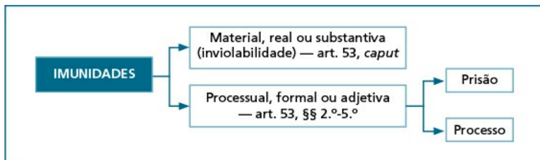
A redação do art. 58, § 4.º, aparece um pouco truncada, devendo ser interpretada da seguinte forma: a **sessão legislativa** é uma só e vai, conforme já visto na redação conferida pela EC n. 50/2006, de **2 de fevereiro a 17 de julho** e de **1.º de agosto a 22 de dezembro**. Cada sessão legislativa (**anual**) tem **dois períodos legislativos**, ou seja, um no primeiro semestre, quando será eleita a **comissão representativa** para o primeiro recesso do ano, que acontece de 18 a 31 de julho, e outro no segundo período da sessão legislativa (segundo semestre), momento em que se elegerá nova comissão representativa para o segundo recesso, que irá de 23 de dezembro a 1.º de fevereiro do ano seguinte.

9.9. IMUNIDADES PARLAMENTARES

9.9.1. Aspectos introdutórios

Imunidades parlamentares são **prerrogativas** inerentes à função parlamentar, garantidoras do exercício do mandato parlamentar, com plena liberdade.

Segundo Michel Temer, "garante-se a atividade do parlamentar para garantir a instituição. Conferem-se a deputados e senadores prerrogativas com o objetivo de lhes permitir desempenho livre, de molde a assegurar a independência do Poder que integram".[23]



Referidas prerrogativas, como veremos, dividem-se em dois tipos: a) **imunidade material, real** ou **substantiva** (também denominada **inviolabilidade**), implicando a exclusão da prática de crime, bem como a inviolabilidade civil, pelas opiniões, palavras e votos dos parlamentares (art. 53, *caput)*; b) **imunidade processual, formal** ou **adjetiva**, trazendo regras sobre prisão e processo criminal dos parlamentares (art. 53, §§ 2.º a 5.º, da CF/88).

Assim, importante notar que, em sua essência, as aludidas prerrogativas atribuídas aos parlamentares, em razão da função que exercem, tradicionalmente previstas em nossas Constituições, com algumas exceções nos movimentos autoritários, reforçam a democracia, na medida em que os parlamentares podem livremente expressar suas opiniões, palavras e votos, bem como estar garantidos contra prisões arbitrárias, ou mesmo rivalidades políticas.

As regras sobre imunidades parlamentares sofreram importantes alterações com o advento da **EC n. 35, de 20.12.2001** (SF, PEC n. 2-A/1995 e CD PEC n. 610/98, com parecer favorável da CCJ n. 1.461, de 12.12.2001, Rel. Sen. José Fogaça), e passam a ser analisadas notadamente em relação ao processo criminal.[24]

9.9.2. Imunidade parlamentar federal

Nesse tópico, após a introdução e pequena sistematização do assunto, concentraremos a apresentação em relação às imunidades dos parlamentares federais, quais sejam, dos **Deputados Federais** e dos **Senadores da República**, de acordo com as regras fixadas na **EC n. 35/2001**, que alterou a redação do art. 53 da CF/88.

9.9.2.1. Imunidade material ou inviolabilidade parlamentar

Prevista no art. 53, *caput*, tal imunidade garante que os parlamentares federais são invioláveis, **civil** e **penalmente**, por quaisquer de suas **opiniões**,

palavras e **votos**, desde que proferidos em razão de suas funções parlamentares, no exercício e relacionados ao mandato, não se restringindo ao âmbito do Congresso Nacional. Assim, mesmo que um parlamentar esteja fora do Congresso Nacional, mas exercendo sua função parlamentar federal, em qualquer lugar do território nacional estará resguardado, não praticando qualquer crime por sua opinião, palavra ou voto.[25]

Nesse sentido, segundo o STF, "... a inviolabilidade alcança toda manifestação do congressista onde se possa identificar um laço de implicação recíproca entre o ato praticado, ainda que fora do estrito exercício do mandato, e a qualidade de mandatário político do agente" (RE 210.917, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.08.1998, *DJ* de 18.06.2001; AI 493.632-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, j. 13.11.2007, *DJE* de 14.03.2008).

Assim, pedimos vênia para reproduzir interessante compilação doutrinária realizada por Alexandre de Moraes, em relação à natureza jurídica da inviolabilidade parlamentar. Diz o autor: "Dessa forma Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*), Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal)* e José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*) entendem-na como uma *causa excludente de crime*; Basileu Garcia (*Instituições de direito penal)*, como *causa que se opõe à formação do crime*; Damásio de Jesus (*Questões criminais*), *causa funcional de isenção de pena*;[26] Aníbal Bruno (*Direito penal)*, *causa pessoal e funcional de isenção de pena*; Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de direito penal)*, *causa de irresponsabilidade*; José Frederico Marques (*Tratado de direito penal*), *causa de incapacidade penal por razões políticas*".[27]

Não importa, pois, qual a denominação que se dê; o importante é saber que a imunidade material (inviolabilidade) **impede que o parlamentar seja condenado**, na medida em que há ampla descaracterização do tipo penal, **irresponsabilizando-o penal, civil, política e administrativamente (disciplinarmente)**. Trata-se de **irresponsabilidade geral**, desde que, é claro, tenha ocorrido o fato em razão do exercício do mandato e da função parlamentar.[28]

A **imunidade material**, mantida pela **EC n. 35/2001**, é sinônimo de **democracia**, representando a garantia de o parlamentar não ser perseguido ou prejudicado em razão de sua atividade na tribuna, na medida em que assegura a independência nas manifestações de pensamento e no voto. Em contraposição, a garantia da **imunidade processual**, antes da alteração trazida pela **EC n. 35/2001**, vinha sendo desvirtuada, aproximando-se mais da noção de **impunidade** do que de prerrogativa parlamentar, o que motivou a sua

alteração, conforme será visto.

■ 9.9.2.2. Imunidade formal ou processual

A imunidade formal ou processual está relacionada à **prisão** dos parlamentares, bem como ao **processo** a ser instaurado contra eles. Devemos, então, saber quando os parlamentares poderão ser presos, bem como se será possível instaurar processo contra eles.

■ 9.9.2.2.1. Imunidade formal ou processual para a prisão

Os parlamentares passam a ter imunidade formal para a prisão a partir do momento em que são **diplomados** pela Justiça Eleitoral, portanto, antes de tomarem **posse** (que seria o ato público e oficial mediante o qual o Senador ou Deputado se investiria no mandato parlamentar). A **diplomação** nada mais é do que um atestado garantindo a regular eleição do candidato. Ela ocorre antes da posse, configurando o **termo inicial** para a atribuição da **imunidade formal para a prisão**.[29]

Nesse sentido, expresso é o art. 53, § 2.º, da CF/88, na redação determinada pela **EC n. 35/2001:** "desde a **expedição do diploma**, os membros do Congresso Nacional não poderão ser **presos**, salvo em **flagrante de crime inafiançável**. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão".

Estamos diante daquilo que o Min. Celso de Mello denominou "estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (*freedom from arrest*), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável" (Inq 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.02.1991, Plenário).

Estudamos neste tópico apenas as hipóteses de prisão, que podem ser assim resumidas:

- ■ **regra geral:** os parlamentares federais **não** poderão ser presos, seja a **prisão penal** (englobando aí a prisão temporária, em flagrante delito de crime afiançável, por pronúncia, preventiva...) ou a **prisão civil** (nos termos do art. 5.º, LXVII);[30]
- ■ **única exceção à regra geral:** a única hipótese em que será permitida a prisão do parlamentar federal, desde a expedição do diploma, será em caso de **flagrante de crime inafiançável**;[31]
- ■ **flagrante de crime inafiançável:** mesmo nessa hipótese, de acordo com o art. 53, § 2.º, os autos deverão ser remetidos à Casa Parlamentar respectiva (por exemplo, sendo Deputado Federal, para a Câmara dos Deputados), no **prazo de 24 horas**, para que, pelo **voto da maioria**

absoluta de seus membros (*quorum* qualificado, cf. *Inf. STF 28/96*), **resolva sobre a prisão**. Dessa forma, a aprovação pela Casa é **condição necessária para a manutenção** da prisão em flagrante delito de crime inafiançável já realizada. Convém destacar que a votação dos congressistas **não mais será secreta**, conforme regra anterior à **EC n. 35/2001**, e sim pelo **voto aberto**, implementando-se, por meio dessa nova sistemática, a transparência que deve sempre imperar nesse tipo de votação;

■ **prisão em caso de sentença judicial transitada em julgado (STF):** o **STF** vem admitindo a **prisão para efeito de execução da decisão judicial condenatória transitada em julgado**, mesmo que não tenha havido a perda do cargo, nos termos do art. 55, § 2.º (**Inq 510/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.02.1991, Plenário, *RTJ* 135/509). A discussão surge na medida em que, de acordo com o referido art. 55, § 2.º, a perda do mandato, na hipótese de condenação criminal em sentença transitada em julgado, depende de manifestação, pelo **voto secreto**, da **maioria absoluta** da Casa. Assim, imaginando que a Casa não reconheça a perda do cargo, apesar da condenação criminal, o Parlamentar permaneceria nessa condição e, para alguns, portanto, ainda com a prerrogativa de só ser preso, já que ainda Parlamentar, em razão de *flagrante de crime inafiançável* (art. 53, § 2.º). Essa, contudo, conforme visto, não é a posição do **STF**, que **admite a prisão em decorrência de decisão judicial transitada em julgado mesmo se a Casa não determinar a perda do mandato**.

■ 9.9.2.2.2. Imunidade formal ou processual para o processo

As regras sobre a **imunidade formal** para o **processo criminal** dos parlamentares sofreram profundas alterações pela **EC n. 35/2001**, mitigando a amplitude dessa "garantia".

Antes da aludida reforma, os parlamentares não podiam ser processados sem a prévia licença da Casa, que, em muitos casos, não era deferida, ocasionando situações de verdadeira **impunidade**.

Conforme ponderou o Senador José Fogaça, relator do *Parecer n. 1.461/2001*, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do SF, "a alteração do instituto da imunidade parlamentar é passo imprescindível para a recuperação do prestígio do Poder Legislativo" (*DSF* de 13.12.2001, p. 30789-30790).

De acordo com a nova regra, então, oferecida a denúncia, o Ministro do STF poderá recebê-la **sem a prévia licença da Casa parlamentar**. Assim, como já era permitido, poderão ser instaurados inquéritos policiais e processos de natureza civil, disciplinar ou administrativa, além do oferecimento da denúncia criminal. A novidade, como visto, reside no fato de que, oferecida a denúncia, poderá ela ser recebida no STF **sem a prévia**

licença da Casa respectiva.

Pois bem, após o recebimento da denúncia contra o Senador ou Deputado, **por crime ocorrido após a diplomação**, o STF dará ciência à Casa respectiva, que, por **iniciativa de partido político** nela representado e pelo voto da **maioria absoluta** (*quorum* qualificado) de seus membros, poderá, até a decisão final, **sustar o andamento da ação**.

O **pedido de sustação** será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de 45 dias do seu recebimento pela Mesa Diretora, sendo que a sustação do processo **suspende a prescrição** enquanto durar o mandato (cf. art. 53, §§ 3.º e 5.º).

Afinal de contas, o pedido de sustação poderá implementar-se até a **decisão final da ação penal movida contra o parlamentar** (art. 53, § 3.º), ou **no prazo improrrogável de 45 dias contados do seu recebimento pela Mesa Diretora** (art. 53, § 4.º)? As duas disposições devem ser harmonizadas, ou seja, a Casa respectiva tem até o final da ação penal para decidir, pelo *quorum* da **maioria absoluta** de seus membros, se suspende ou não a aludida ação penal. O pedido de sustação, pelo partido político, na respectiva Casa representado, poderá implementar-se logo após a ciência dada pelo STF ou em período subsequente, não havendo prazo certo para tanto, já que, como visto, a **Casa** terá até o trânsito em julgado da sentença final proferida na ação penal para sustá-la. Apesar de não haver prazo certo, contudo, o período durante o qual a ação tramita (até o seu trânsito em julgado) deverá ser respeitado. O único prazo fixado é o de **45 dias** contado do recebimento, pela Mesa Diretora, do pedido de sustação efetuado pelo partido político. Esse prazo, sim, de 45 dias, é **improrrogável**.[32]

Assim, de acordo com a nova regra trazida pela **EC n. 35/2001**:

- **não há mais necessidade de prévio pedido de licença para se processar parlamentar federal no STF**, podendo, no máximo, a Casa legislativa, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, **sustar o andamento da ação penal de crime ocorrido após a diplomação**. Isso significa dizer que ainda há imunidade para o processo criminal contra o parlamentar, só que de maneira mitigada, já que, para o seu implemento, ela dependerá de ação da Casa e não de sua inação, como se verificava antes. Conforme ponderou José Fogaça, "... não se elimina a possibilidade de o parlamento sustar um processo criminal contra um de seus membros quando verificar que esse está carregado de um viés exclusivamente político, mas não se permite a impunidade pelo simples fato de não haver decisão" (*DSF* de 13.12.2001, p. 30789-30790);
- **não há mais imunidade processual em relação a crimes praticados**

> **antes da diplomação**. Diferentemente das regras fixadas para crimes praticados após a diplomação, pela nova sistemática não haverá necessidade de o STF dar ciência à respectiva Casa de ação penal de crime praticado **antes da diplomação**. Nessas hipóteses, por conseguinte, **não poderá**, também, a respectiva Casa, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, **sustar o andamento da aludida ação**.[33]

Por fim, imagine-se a situação de ter havido sustação do processo em crime praticado **após a diplomação**, em concurso de agentes por parlamentar e outro indivíduo que não goze da referida imunidade. Nesses casos, o **STF**, por motivo de conveniência, decidiu pelo **desmembramento do processo** (art. 80 do CPP), em razão da diferença do regime de prescrição, visto estar suspenso somente o prazo prescricional em relação ao parlamentar (cf. STF, Inq. 1.107/MA, Rel. Min. Octavio Gallotti).

■ 9.9.2.3. Prerrogativa de foro ("foro privilegiado")

De acordo com o art. 53, § 1.º, os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o **STF**, pela prática de **qualquer tipo de crime**, seja de natureza penal comum *stricto sensu,* seja crimes contra a vida, eleitorais, contravenções penais (art. 53, § 1.º, c./c. art. 102, I, "b" — infrações penais comuns).

Estamos diante do tópico sobre a **competência por prerrogativa de função**, que será mais bem desenvolvido em processo penal. Não podemos deixar de sistematizar, contudo, alguns aspectos que podem ser perguntados nas provas de Direito Constitucional, apesar de envolverem o art. 84 do CPP. Vejamos algumas situações:

- **infração cometida durante o exercício da função parlamentar:** a competência, como visto, será do **STF**, não havendo necessidade de pedir autorização à Casa respectiva para a instauração do processo (recebimento da denúncia), bastando ser dada ciência ao Legislativo, que poderá sustar o andamento da ação. Mas pensemos em outra situação: praticado o crime durante o exercício do mandato, instaurado o processo mas não findo ou, ainda, tendo sido sustado o andamento da ação. Encerrado o mandato, continuará o julgamento no STF? Ocorrerá o fenômeno da *perpetuatio jurisdictionis*? Até **25.08.1999** prevalecia o entendimento no STF exposto na orientação dada pela Súmula 394, ou seja, mesmo que cessasse o mandato, a competência especial por prerrogativa de função **permanecia com o STF**. No julgamento da questão de ordem no Inq. 687-SP, o STF **cancelou a Súmula 394**, entendendo que a competência deixa de ser do STF, pois não existe

mais o exercício da função.[34]

Às pressas, inusitadamente, foi publicada a **Lei n. 10.628, de 24.12.2002**, que, ao dar nova redação ao art. 84 do CPP, "ressuscitou" a já banida e execrada regra da *perpetuatio jurisdictionis* após o término do mandato das autoridades. Em nosso entender, a nova regra, retrógrada, ao manter o foro privilegiado para os crimes praticados durante o mandato, é flagrantemente inconstitucional, já que veiculada por lei ordinária e não por emenda constitucional, ferindo, desta feita, o princípio da separação de Poderes.

Em razão da aludida lei, foram propostas a **ADI 2.797**, ajuizada em 27.12.2002 pela *Associação Nacional dos Membros do MP* (*CONAMP*), e que teve seu pedido de liminar negado pelo STF (07.01.2003), e a **ADI 2.860**, proposta pela *Associação dos Magistrados Brasileiros* (*AMB*), distribuída por prevenção, em 25.03.2003, àquela primeira ajuizada pela CONAMP.

Por maioria de votos (7 X 3), em 15.09.2005, o Plenário do Supremo declarou a inconstitucionalidade do foro especial para ex-ocupantes de cargos públicos e/ou mandatos eletivos (*Inf. 401/STF*).



Convém anotar, contudo, que, mesmo se introduzido por emenda constitucional, em nosso entender, o pretendido "privilégio" violaria o princípio da isonomia, na medida em que se estaria tratando *desigualmente* pessoas *iguais*, quais sejam, **ex-**ocupantes de cargo ou função pública e cidadãos comuns.

- **delito cometido antes do exercício parlamentar:** nessa hipótese, diplomando-se o réu (em caso de ser eleito, por exemplo, Deputado Federal), o processo deve ser remetido imediatamente ao STF, que, entendendo preenchidos os requisitos, dará prosseguimento à ação penal. Nesse caso, como se trata de crime praticado **antes da diplomação**, pela nova regra não há mais imunidade processual. Assim, a ação criminal deverá ser processada no próprio STF (tendo em vista a regra de competência prevista de forma genérica no art. 53, § 1.º), sem qualquer interferência do Legislativo, não havendo, sequer, necessidade de ser dada ciência à Casa respectiva. **Findo o mandato, caso o processo não tenha terminado, encerrar-se-á a competência do STF, devendo o processo retornar para o juiz natural** (por exemplo, dependendo da competência, o Juízo do Foro Criminal Mário Guimarães, na Capital de São Paulo);
- **delito cometido após o encerramento do mandato:** mesmo que o réu já tenha sido um dia parlamentar, não poderá alegar tal fato, não havendo, portanto, nessa situação, competência por prerrogativa de função, conforme a **S. 451/STF:** "a competência especial por

prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional" — Sessão Plenária de 1.º.10.1964, *DJ* de 08.10.1964;

- **"ciranda dos processos" — perspectivas de resgate da S. 394/STF:** a questão que devemos desenvolver neste ponto é se o ato de renúncia de parlamentar constitui gesto legítimo para afastar a prerrogativa de foro.

Para tanto, lembramos o polêmico caso decorrente da **renúncia** do ex-Deputado Federal R. C. L. (PSDB-PB), que, nos autos da **AP 333**, estava sendo acusado do crime de homicídio qualificado, na modalidade tentada, contra o ex-Governador da Paraíba, Tarcísio Burity, por ter, conforme narra a denúncia, efetuado disparos de arma de fogo em um restaurante de João Pessoa.

De acordo com o relatório da referida ação penal, ao tempo dos fatos, o denunciado (R. C. L.) era Governador do Estado da Paraíba. Por esse motivo, a denúncia foi oferecida perante o STJ (art. 105, I, "a").

R. C. L., nas eleições de 1994, elege-se Senador da República, e nas duas eleições que se seguiram, Deputado Federal, sendo que o seu último mandato terminaria em 31.12.2010.

Assim, sendo ele **parlamentar federal**, nos termos do art. 53, § 1.º, já estudado, expedido o diploma, a competência para julgar R. C. L. passou a ser do **STF** (muito embora ao tempo dos fatos — 05.11.1993 — fosse Governador da Paraíba).

Durante a ação penal (tendo sido a denúncia recebida em 2002), houve amplo direito de defesa, e se tentou ouvir uma testemunha por mais de 1 ano.

Em 31.10.2007, faltando 5 dias para o início do julgamento, já marcado pelo STF, R. C. L. renunciou ao mandato de Deputado Federal (legislatura 2007-2010).

A polêmica se instaurara. Não sendo mais Deputado Federal, ou seja, passando a ser uma pessoa comum, o STF deixava de ser competente, conforme a orientação firmada a partir do cancelamento da S. 394 e, também, ao se declarar inconstitucional a Lei n. 10.628/2002?

O tema se mostrou bastante complicado, tanto é que a votação estava empatada em 4 X 4. Parte dos ministros entendia que a renúncia caracterizava "evidente propósito de frustrar o julgamento pelo STF", verdadeiro **"abuso de direito"**, e outros 4 achavam que a renúncia tinha sido legítima.

Ao final, em 05.12.2007, por 7 X 4, os Ministros entenderam que a competência do Supremo cessava ao ter R. C. L. deixado de ser Deputado Federal, mesmo na hipótese de renúncia. Segundo afirmou Celso de Mello, invocando o princípio do **juiz natural**, a renúncia é inquestionável. "Foi

recebida e gerou efeitos, antes do julgamento final do processo em curso, sendo um desses efeitos a cessação da competência do STF para julgá-lo” (*Notícias STF*, 05.12.2007).

Por esse motivo, passando a ser pessoa comum, sem prerrogativa de foro, os autos foram remetidos para o **Juízo Criminal da Comarca de João Pessoa**.

Dada a importância do tema, pedimos vênia para transcrever a ementa do referido acórdão, que deixa claro, também, o afastamento da competência do júri quando o acusado tem prerrogativa de foro:

> “EMENTA: Ação penal. Questões de ordem. Crime doloso contra a vida imputado a parlamentar federal. Competência do STF *versus* competência do tribunal do júri. **Norma constitucional especial**. Prevalência. Renúncia ao mandato. Abuso de direito. Não reconhecimento. Extinção da competência do STF para julgamento. Remessa dos autos ao juízo de primeiro grau. 1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o STF, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida. 2. A norma contida no art. 5.º, XXXVIII, da CR, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, ‘b’, da Lei Maior, definidor da competência do STF, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte. 3. **A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do STF para o juízo criminal de primeiro grau**. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato. 4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente” (**AP 333**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05.12.2007, *DJE* de 11.04.2008).

Como se verificou, os autos iniciaram a sua tramitação no STJ (Governador de Estado), tendo sido remetidos para o STF (SF e DF) e, agora, para a Justiça Comum. Essa situação, bastante criticada, foi denominada pelo Ministro Gilmar Mendes **“ciranda dos processos”**, levando-o inclusive a repensar um eventual e futuro resgate da atualmente cancelada S. 394 do STF (cf. *Notícias STF*, 1.º.07.2008 — *íntegra da entrevista coletiva*).

O tema da prerrogativa de foro veio a ser reanalisado pelo STF em outro caso polêmico, qual seja, a **AP 396**, julgada em **28.10.2010**.

De acordo com as *informações públicas contidas no site do STF*, apurava-se suposto esquema a caracterizar os crimes de **formação de quadrilha** e **peculato**, envolvendo, dentre outros, o ex-deputado federal N. D. (PMDB-RO) (*Inf 606/STF* e *Notícias STF*, de 28.10.2010), que, inclusive, reeleito, obteve liminar do Min. Celso de Mello, suspendendo os efeitos de decisão do

TSE, que o enquadrou na denominada Lei da Ficha Limpa (LC n. 135/2010), indeferindo, assim, o seu registro de candidatura para as eleições de 2010, em outro processo que não o em estudo, para que pudesse tomar posse na nova legislatura (**AC 2763**, j. 17.12.2010 — *Notícias STF* da mesma data — **matéria pendente**).

No caso em análise, o *MP do Estado de Rondônia* instaurou "... procedimento investigatório a partir de representações em que se questionava a licitude de contrato publicitário firmado entre a Assembleia Legislativa local e determinada empresa. No decorrer das apurações, o *parquet* constatara a existência de suposto esquema criminoso — engendrado para desviar dinheiro daquela Casa Legislativa — no qual o réu, na qualidade de diretor financeiro da Assembleia Legislativa, teria assinado vários cheques e os repassado, por mais de 2 anos, à mencionada empresa de publicidade a pretexto de pagamento pelos serviços, sequer prestados. Em razão disso, o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público daquela unidade federativa oferecera denúncia contra o parlamentar e outros 7 corréus por formação de quadrilha e peculato, em concurso material e de pessoas. Após o recebimento da inicial acusatória pela Corte de origem, o réu fora empossado Deputado Federal e o processo, **desmembrado, remetido ao STF**, que assim o mantivera e afirmara a validade dos atos judiciais praticados anteriormente à diplomação e à posse do parlamentar federal" (*Inf. 606/STF*).

Muito embora a decisão proferida no caso do "mensalão" no sentido de julgamento de todos os corréus em um mesmo processo **(Inq. 2245)**, a regra que o STF vem adotando é, havendo prerrogativa de foro de um dos envolvidos, que haja o **desmembramento** do processo, com base na **conveniência da instrução** e na **racionalização dos trabalhos**.

No caso em referência, a denúncia foi oferecida em **24.06.1999** pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Rondônia, porque ainda não havia a prerrogativa de foro. Contudo, em **03.01.2005**, N. D. tomou posse como Deputado Federal, para exercício do mandato na *Legislatura 2003-2007*, quando, então, por esse motivo, o juiz da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Porto Velho (RO) determinou o **desmembramento** dos autos, com a **remessa** do processo para o **STF**, em razão da prerrogativa de foro.

A ação foi distribuída, no STF, em **16.08.2005** e, às vésperas do julgamento, qual seja, em **27.10.2010**, o Deputado Federal **renunciou** ao mandato, sendo que o crime prescreveria no dia **04.11.2010**.

Então vejamos o cronograma dos fatos:

- **24.06.1999** — oferecimento de denúncia na comarca de Porto Velho;
- **03.01.2005** — posse como Deputado Federal;

- **16.08.2005** — a ação é distribuída no STF;
- **27.10.2010** — o Deputado Federal renuncia ao mandato;
- **04.11.2010** — haveria a prescrição do crime.

Revendo o julgamento proferido no caso do ex-Deputado Federal R. C. L. (AP 333), no qual o STF, por 7 X 4, entendia que a renúncia (no caso, faltando 5 dias para o julgamento) era válida e, assim, cessaria a competência do STF, por **8 X 1**, modificando o seu entendimento, **decidiu**, em 28.10.2010, **julgar a ação (AP 396)**, mantendo a sua competência, mesmo não sendo mais o réu Parlamentar.

Temos, assim, um **novo entendimento do STF**, que, em nosso entender, mostra-se **muito acertado**.

Dentre os vários argumentos destacados pelos Ministros para se manter a competência do STF, a renúncia, às vésperas do julgamento, caracterizou-se como **"fraude processual inaceitável"**, frustrando a atuação jurisdicional do Estado e tornando, assim, o STF **refém** da opção do réu. Sustentou-se, ainda, tratar-se a atitude de verdadeiro **abuso de direito**. "A Constituição garante a imunidade, mas não a impunidade." A fraude à lei mostra-se, ainda, "eticamente pouco sustentável", não podendo o STF aceitar a "... manipulação de instâncias para efeito de prescrição", citando-se, por fim, a afirmação de Ulpiano, segundo a qual "não se pode tirar proveito da própria torpeza" (cf. *Notícias STF*, de 28.10.2010 — **publicado o acórdão,**[35] **houve a interposição de embargos de declaração, até o fechamento dessa edição ainda não julgados**).

9.9.2.4. Outras garantias

- **sigilo de fonte:** de acordo com o art. 53, § 6.º, conforme já estabelecido antes do advento da **EC n. 35/2001**, "os Deputados e Senadores não serão obrigados a **testemunhar** sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações";
- **incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores:** "a incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, **dependerá de prévia licença da Casa respectiva**" (art. 53, § 7.º, mantida a referida garantia na **EC n. 35/2001**);
- **imunidades durante a vigência de estado de sítio e de defesa:** como regra geral, durante a vigência desses estados de anormalidade, os parlamentares não perdem as imunidades. Apenas durante o **estado de sítio** as imunidades poderão ser **suspensas**, mediante o voto de 2/3 dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do

recinto do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida (art. 53, § 8.º, regra esta mantida pela **EC n. 35/2001**).

■ 9.9.2.5. As imunidades parlamentares podem ser renunciadas?

Imaginem vocês, candidatos que se preparam para concursos públicos, que, em determinado momento, o examinador formule as seguintes questões:

- ■ José da Silva, deputado federal, no exercício do mandato, portanto, após a diplomação, comete um crime. Recebida a denúncia no STF, após ser dada ciência ao Parlamento há **sustação do andamento da ação**. O deputado, inconformado com a acusação, faz questão de ser processado, para provar a sua inocência. Que deverá fazer? Como as imunidades parlamentares dizem respeito ao cargo que ocupa e não à pessoa, a única maneira que o parlamentar encontrará para provar a sua inocência será esperar o término do mandato, ou renunciar de imediato, para que perca, então, a imunidade;
- ■ José da Silva, deputado federal, na tribuna, em empolgante discurso, declara que o governo federal desviou verba do erário público, de forma irregular. Em meio à empolgação, diz ter dados seguros e, inclusive, diz renunciar às suas imunidades para provar que fala a verdade. Isso é possível? Não, na medida em que as imunidades são irrenunciáveis. Caso fale isso, podemos encarar como mera demagogia política!

Portanto, devemos observar, mais uma vez, que as **imunidades parlamentares são irrenunciáveis** por decorrerem da função exercida, e não da figura do parlamentar.

Conforme assinalou Celso de Mello, "o instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de **independência do Poder Legislativo**, seu real destinatário, em face dos outros poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora **não** constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de **prerrogativa de caráter institucional**, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar '*ratione muneris*', em função do cargo e do mandato que exerce. E por essa razão que **não se reconhece ao congressista**, em tema de imunidade parlamentar, **a faculdade de a ela renunciar**. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. **O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição**" (*Inq 510/DF*, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.02.1991, Plenário, *RTJ* 135/509).

■ 9.9.2.6. As imunidades parlamentares estendem-se aos suplentes?

As imunidades parlamentares são prerrogativas que decorrem do efetivo

exercício da função parlamentar. Não são garantias da pessoa, mas prerrogativas do cargo. Assim, as imunidades, inclusive o foro privilegiado, **não** se estendem aos suplementes, a não ser que assumam o cargo ou estejam em seu efetivo exercício:

> "Suplente de Senador. Interinidade. Competência do STF para o julgamento de ações penais. Inaplicabilidade dos arts. 53, § 1.º, e 102, I, 'b', da Constituição Federal. Retorno do titular ao exercício do cargo. Baixa dos autos. Possibilidade. (...) Os membros do Congresso Nacional, pela condição peculiar de representantes do povo ou dos Estados que ostentam, atraem a competência jurisdicional do STF. O foro especial possui natureza *intuitu funcionae*, ligando-se ao cargo de Senador ou Deputado e não à pessoa do parlamentar. Não se cuida de prerrogativa *intuitu personae*, vinculando-se ao cargo, ainda que ocupado interinamente, razão pela qual se admite a sua perda ante o retorno do titular ao exercício daquele. A diplomação do suplente não lhe estende automaticamente o regime político-jurídico dos congressistas, por constituir mera formalidade anterior e essencial a possibilitar a posse interina ou definitiva no cargo na hipótese de licença do titular ou vacância permanente" (Inq 2.453-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.05.2007, *DJ* de 29.06.2007). Nesse sentido, cf., ainda, Inq 2.421-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, j. 14.02.2008, *DJE* de 04.04.2008. No mesmo sentido: **Inq 2.800**, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 23.06.2010, *DJE* de 19.08.2010 (*Inf. 595/STF* — transcrição).

■ 9.9.3. Parlamentares estaduais

De acordo com o art. 27, § 1.º, aos **Deputados Estaduais** serão aplicadas as mesmas regras previstas na Constituição Federal sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, **imunidades**, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

Quando dizemos "mesmas regras", observar a correspondência, ou seja, ao falar em prisão, somente no caso de flagrante delito de crime inafiançável, devendo os autos ser remetidos à **Assembleia Legislativa** dentro de 24 horas para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. Ao falar em competência por prerrogativa de função, de acordo com a Constituição do Estado de São Paulo, por exemplo, entenda-se a do **Tribunal de Justiça**. Ao falar em prática de crime comum **após a diplomação**, o TJ poderá instaurar o processo sem a prévia licença da Assembleia Legislativa, mas deverá a ela dar ciência, sendo que, pelo voto da maioria de seus membros, o Poder Legislativo Estadual poderá sustar o andamento da ação. Por fim, entenda-se plenamente assegurada a **imunidade material** dos Deputados Estaduais, que são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de

suas opiniões, palavras e votos. Da mesma forma como ocorre com os parlamentares federais, não há mais (após a **EC n. 35/2001**) imunidade formal para crimes praticados **antes da diplomação**.

9.9.4. Parlamentares municipais

De acordo com o art. 29, VIII, como já visto, os Municípios reger-se-ão por lei orgânica, que deverá obedecer, dentre outras regras, à da **inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município**.

Ou seja, o Vereador Municipal somente terá **imunidade material** (excluindo-se a responsabilidade penal e a civil), desde que o ato tenha sido praticado *in officio* ou *propter officium* e na **circunscrição municipal**, não lhe tendo sido atribuída a imunidade formal ou processual. Nesse sentido, precisas são as palavras do Min. Celso de Mello:

> "EMENTA: 1. A garantia constitucional da **imunidade parlamentar em sentido material** (CF, art. 29, VIII, c/c o art. 53, *caput*) **exclui a responsabilidade penal** (e também **civil**) do membro do Poder Legislativo (Vereadores, Deputados e Senadores), por manifestações, orais ou escritas, desde que **motivadas pelo desempenho do mandato (prática *in officio*)** ou **externadas em razão deste (prática *propter officium*)**. Tratando-se de Vereador, a inviolabilidade constitucional que o ampara no exercício da atividade legislativa estende-se às opiniões, palavras e votos por ele proferidos, **mesmo fora do recinto da própria Câmara Municipal**, desde que **nos estritos limites territoriais do Município a que se acha funcionalmente vinculado**. Precedentes. AI 631.276/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*). 3. Essa prerrogativa político-jurídica — que protege o parlamentar (como os Vereadores, p. ex.) em tema de responsabilidade penal — incide, de maneira ampla, nos casos em que as declarações contumeliosas tenham sido proferidas no recinto da Casa legislativa, notadamente da tribuna parlamentar, hipótese em que será absoluta a inviolabilidade constitucional. Doutrina. Precedentes" (**AI 818.693**, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 1.º.08.2011, *DJE* de 03.08.2011. No mesmo sentido, cf. HC 74.201, j. 12.11.1996).

Além disso, de acordo com o art. 29, IX, a lei orgânica também deverá observar as proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto na CF para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado, para os membros da Assembleia Legislativa.

9.10. INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS DOS

PARLAMENTARES FEDERAIS

Em decorrência de sua nobre função, aos parlamentares é vedado o exercício de algumas atividades, bem como determinados comportamentos, desde a **expedição do diploma** e, posteriormente, após tomarem **posse**. Assim, os Deputados e Senadores **não poderão**, conforme anuncia o art. 54, I e II, da CF/88:

I — DESDE A EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA	■ firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionári

de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

- aceitar ou exercer cargo função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades

	constantes da alínea anterior.
II — DESDE A POSSE	■ ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público ou nela exercer funçã

remunerada;

- ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis a[d] nutum, nas entidades referidas no inciso I, "a";
- patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere

	o inciso I, "a"; ■ ser titulares de mais de un cargo ou mandato público eletivo

■ **9.11. PERDA DO MANDATO DO DEPUTADO OU SENADOR**

■ **9.11.1. Hipóteses de perda do mandato e suas peculiaridades**

O art. 55 da CF/88 estabelece que perderá o mandato o parlamentar federal:

HIPÓTESES DE PERDA DO MANDATO (ART. 55)	PECULIARIDA
I — quando o	§ 2.º a perda

parlamentar infringir qualquer das proibições estabelecidas no art. 54 (quadro anterior);

mandato sera **decidida** pela **Câmara dos Deputados o pelo Senado Federal**, por **secreto e ma absoluta**, mediante provocação d respectiva M ou de partido político representado Congresso Nacional, assegurada a

II — cujo procedimento for declarado incompatível com o **decoro parlamentar**;	defesa. § 1.º É incompatível **decoro parlamentar**, além dos cas definidos no regimento int o abuso das prerrogativas asseguradas membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. Ne

hipótese, de
acordo com o
2.º do art. 55
**perda do
mandato** ser
decidida pela
**Câmara dos
Deputados o
pelo Senado
Federal**, por
**secreto e ma
absoluta**,
mediante
provocação d
respectiva Me
ou de partido
político

	representado Congresso Nacional, assegurada a defesa.
III — que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão	§ 3.º a perda **declarada** pe **Mesa da Cas** **respectiva**, d ofício ou med provocação d qualquer de s membros, ou partido polític representado Congresso Nacional, assegurada a

por esta autorizada;	defesa.
IV — que **perder** ou tiver **suspensos** os **direitos políticos** (Obs.: sabemos ser, na vigência da CF/88, **vedada a cassação de direitos** políticos. Porém, o art.	§ 3.º a perda mandato serã **declarada** pe **Mesa da Cas respectiva**, c ofício ou mec provocação c qualquer de s membros, ou partido polític representado Congresso Nacional, assegurada a defesa.

15 da CF/88 estabelece hipóteses de **perda** e **suspensão**.);	
V — quando o decretar a **Justiça Eleitoral**, nos casos previstos nesta Constituição;	§ 3.º a perda mandato serі **declarada** pe **Mesa da Cas** **respectiva**, c ofício ou mec provocação c qualquer de s membros, ou partido polític representado

	Congresso Nacional, assegurada a defesa.
VI — que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.	§ 2.º a perda mandato será **decidida** pela **Câmara dos Deputados** o **pelo Senado Federal**, por **secreto e ma absoluta**, mediante provocação d respectiva Me ou de partido

político representado Congresso Nacional, assegurada a defesa.

Conforme se percebe, a hipótese de perda do mandato por falta de decoro parlamentar, por regra constitucional, deverá ser, nos termos do art. 55, § 2.º, por **voto secreto**. Não há como o regimento interno da Casa fazer a votação, para essas hipóteses, por voto aberto (o que seria o ideal em termos de democracia e transparência).

Assim, a única maneira de tornar o voto aberto para a cassação do mandato, nos termos do art. 55, § 2.º, é mediante Emenda Constitucional, que, em nosso entender, não violaria qualquer cláusula pétrea. Cabe lembrar que na Câmara dos Deputados tramita a **PEC n. 349/2001**, intitulada "**PEC do voto aberto**", que, se aprovada, acabará com o voto secreto no Legislativo **(matéria pendente)**.

Nesse sentido, na medida em que a regra paradigmática prevista na Constituição Federal ainda estabelece, infelizmente, o voto fechado, o STF entendeu inconstitucional regra estadual que disponha de modo diverso: "Emenda constitucional estadual. Perda de mandato de parlamentar estadual mediante voto aberto. Inconstitucionalidade. Violação de limitação expressa ao poder constituinte decorrente dos Estados-membros (CF, art. 27, § 1.º c/c art. 55, § 2.º)" (ADI 2.461 e ADI 3.208, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.05.2005, *DJ* de 07.10.2005).

Em outra situação, contudo, o STF entendeu que os parlamentares teriam o direito de assistir às sessões de votação (secreta) do processo de cassação de mandato parlamentar.

Conforme se noticia, o Min. Ricardo Lewandowski deferiu em parte o pedido de liminar ajuizado por Deputados Federais no **MS 26.900** para que

fosse garantido aos autores da ação "o livre acesso e presença ao Plenário do Senado por ocasião da Sessão Deliberativa Extraordinária destinada à apreciação do Projeto de Resolução 53/2007, apresentado como conclusão do Parecer 739/2007 do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar sobre a Representação 1/2007", parecer este que recomendava a perda do mandato do Senador Renan Calheiros.[36]

■ 9.11.2. É possível a renúncia do cargo por parlamentar submetido a processo que vise ou possa levá-lo à perda do mandato?

Sim, é perfeitamente possível a **renúncia de parlamentar** submetido a processo que vise ou possa levá-lo à perda do mandato. **Todavia**, nessa hipótese, a EC de Revisão n. 6/94, constitucionalizando o previsto no art. 1.º e seu parágrafo único do Decreto Legislativo n. 16, de 24.03.1994 (art. 55, § 4.º, da CF/88), veio disciplinar que a aludida renúncia **terá seus efeitos suspensos** até as deliberações finais descritas nos §§ 2.º e 3.º do art. 55. Assim, conforme relata o decreto, a renúncia "... fica sujeita à **condição suspensiva**, só produzindo efeitos se a decisão final não concluir pela perda do mandato". **No caso de ter sido a decisão final pela perda do mandato**, o parágrafo único do aludido decreto legislativo estabelece que a **declaração de renúncia será arquivada**, não produzindo efeitos no sentido de que já terá sido declarada a perda do mandato.

■ 9.12. HIPÓTESES EM QUE NÃO HAVERÁ A PERDA DO MANDATO DO DEPUTADO OU SENADOR

O art. 56 da CF/88 enumera as hipóteses em que o Deputado ou Senador **não perderá o mandato**, quais sejam:

- **quando investido nos cargos de:** Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária (art. 56, I);
- **quando licenciado pela respectiva Casa por:** motivo de doença (art. 56, II, 1.ª parte);
- **quando licenciado pela respectiva Casa para:** tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse **120 dias** por sessão legislativa (art. 56, II, 2.ª parte).

Algumas outras regras também foram estabelecidas, concernentes a temas correlatos às regras acima expostas. Vejamo-las:

- **nos casos de vaga, investidura em funções previstas no art. 56, I, ou**

licença superior a 120 dias: haverá convocação do suplente para assumir o mandato (art. 56, § 1.º);

- **ocorrendo vaga, não havendo suplente e faltando mais de 15 meses para o término do mandato:** será feita nova eleição para preencher a vaga (art. 56, § 2.º);
- **nas hipóteses de investidura nos cargos de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária (art. 56, I):** o Deputado ou Senador poderá optar pela remuneração do mandato;
- **haverá perda das imunidades parlamentares no caso de investidura nos cargos acima apontados?** Sabemos que, por força do art. 56, I, o parlamentar federal não perderá o mandato. No entanto, **perderá (ou melhor, ficarão suspensas) as imunidades parlamentares**, de acordo, inclusive, com o art. 102, § 1.º, do *RISTF*, que **cancelou** a Súmula 4, a qual dizia o contrário. **Assim, apesar de não perder o mandato, as imunidades parlamentares ficarão suspensas**;[37]
- **e a prerrogativa de foro subsiste se o parlamentar estiver afastado nas hipóteses do art. 56, como, por exemplo, no caso de estar investido no cargo de Ministro de Estado?** Conforme visto, os parlamentares não perdem o mandato (art. 56, I), mas ficam com as imunidades suspensas. Contudo, **continuam com a prerrogativa de foro** e, no caso, em sendo Deputados Federais ou Senadores, serão processados e julgados, nas infrações penais comuns, pelo STF (art. 53, § 1.º, CF/88).

Essa questão foi analisada pelo STF no julgamento da medida cautelar no **MS 25.579**,[38] e o Min. Joaquim Barbosa, com precisão, confirmou a manutenção da prerrogativa de foro.

Tratava-se de mandado de segurança buscando trancar a tramitação e processamento de representação por quebra de decoro parlamentar de Deputado Federal licenciado e investido no cargo de Ministro de Estado.

De acordo com o voto divergente e vencedor (no julgamento do pedido de liminar), embora tenha praticado atos enquanto Ministro de Estado, não se caracterizavam como inerentes à função executiva, mas, sim, condutas que violavam o Código de Ética parlamentar. Vejamos, pedindo licença para transcrição da ementa:

> "EMENTA: (...). O membro do Congresso Nacional que se licencia do mandato para investir-se no cargo de Ministro de Estado não perde os laços que o unem, organicamente, ao Parlamento (CF, art. 56, I). Consequentemente, **continua a subsistir em seu favor a garantia constitucional da prerrogativa de foro em matéria penal** (Inq. 777-3-QO/TO, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 1.º.10.93), bem como a **faculdade de optar pela remuneração do mandato** (CF, art. 56, § 3.º). Da mesma

forma, **ainda que licenciado**, cumpre-lhe guardar estrita **observância às vedações e incompatibilidades inerentes ao estatuto constitucional do congressista, assim como às exigências ético-jurídicas que a Constituição (CF, art. 55, § 1.º) e os regimentos internos das casas legislativas estabelecem como elementos caracterizadores do decoro parlamentar**. Não obstante, o princípio da separação e independência dos poderes e os mecanismos de interferência recíproca que lhe são inerentes impedem, em princípio, que a Câmara a que pertença o parlamentar o submeta, quando licenciado nas condições supramencionadas, a processo de perda do mandato, em virtude de atos por ele praticados que tenham **estrita vinculação com a função exercida no Poder Executivo** (CF, art. 87, parágrafo único, I, II, III e IV), uma vez que a Constituição prevê modalidade específica de responsabilização política para os membros do Poder Executivo (CF, arts. 85, 86 e 102, I, "c"). Na hipótese dos autos, contudo, embora afastado do exercício do mandato parlamentar, o Impetrante foi acusado de haver usado de sua influência para levantar fundos junto a bancos 'com a finalidade de pagar parlamentares para que, na Câmara dos Deputados, votassem projetos em favor do Governo' (Representação 38/2005, formulada pelo PTB). Tal imputação se adéqua, em tese, ao que preceituado no art. 4.º, IV, do *Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados* que qualifica como suscetíveis de acarretar a perda do mandato os atos e procedimentos levados a efeito no intuito de 'fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação'. Medida liminar indeferida" (**MS 25.579**).

9.13. PROCESSO LEGISLATIVO

9.13.1. Considerações introdutórias

O processo legislativo consiste nas regras procedimentais, constitucionalmente previstas, para a elaboração das espécies normativas, regras estas a serem criteriosamente observadas pelos "atores" envolvidos no processo.[39]

Nesse sentido é que o art. 59 da CF/88 estabelece que o processo legislativo envolverá a elaboração das seguintes espécies normativas:

I — emendas à Constituição;
II — leis complementares;
III — leis ordinárias;
IV — leis delegadas;
V — medidas provisórias;
VI — decretos legislativos;
VII — resoluções.

Regulamentando o parágrafo único do art. 59 da CF/88, a **LC n. 95/98**, alterada pela **LC n. 107/2001**, dispôs sobre as técnicas de elaboração, redação, alteração das leis, bem como sua consolidação, e de outros atos normativos.

A importância fundamental de estudarmos o processo legislativo de formação das espécies normativas é sabermos o correto trâmite a ser observado, sob pena de ser inconstitucional a futura espécie normativa.

Nesse sentido, quando estudamos as regras sobre **controle de constitucionalidade**, apontamos que uma espécie normativa poderia apresentar um vício formal (subjetivo ou objetivo) ou um vício material; vícios esses caracterizadores da inconstitucionalidade. O **vício formal**, como já apontamos, diz respeito ao processo de formação da lei (processo legislativo), cuja mácula pode estar tanto na fase de iniciativa (vício formal subjetivo) como nas demais fases do processo de formação da lei (vício formal objetivo, por exemplo, desrespeito ao *quorum* de votação). Já o **vício material** refere-se ao conteúdo da espécie normativa, à matéria por ela tratada.

Em decorrência de todos esses detalhes é que se estabelece um *controle prévio* ou *preventivo*, realizado não só pelo Legislativo (Comissões de Constituição e Justiça) como, também, pelo Executivo (por meio do veto), sem falar, é claro, do *controle repressivo*, ou *posterior*, cujo objeto é a lei ou ato normativo (já constituídos), sendo realizado pelo sistema difuso ou concentrado (lembrar que o controle de constitucionalidade no Brasil é **jurisdicional misto**).

Para descrever o processo legislativo e suas diversas etapas, didaticamente, começaremos pelo processo de **elaboração das leis ordinárias**, por ser o mais complexo de todos, juntamente com o processo de **elaboração das leis complementares**, cujas diferenças, como veremos, são poucas. Posteriormente, quando estivermos tratando das demais espécies normativas, apontaremos as peculiaridades que as individualizam.

■ 9.13.2. Esquema do processo legislativo das leis ordinárias e complementares



■ 9.13.3. Fase de iniciativa

A primeira fase do processo legislativo é a **fase de iniciativa**, *deflagradora*, *iniciadora*, *instauradora* de um procedimento que deverá culminar, desde que preenchidos todos os requisitos e seguidos todos os

trâmites, com a formação da espécie normativa.

Buscando critérios classificatórios, dividimos as hipóteses de iniciativa em: **geral, concorrente, privativa, popular, conjunta, do art. 67 e a parlamentar ou extraparlamentar**.

■ 9.13.3.1. Regra geral para a iniciativa

De maneira ampla, a CF atribui competência às seguintes pessoas, conforme prevê o art. 61, *caput*:

- ■ qualquer Deputado Federal ou Senador da República;
- ■ Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional;
- ■ Presidente da República;
- ■ Supremo Tribunal Federal;
- ■ Tribunais Superiores;
- ■ Procurador-Geral da República;
- ■ cidadãos.

■ 9.13.3.2. Iniciativa concorrente

A iniciativa concorrente refere-se à competência atribuída pela Constituição a mais de uma pessoa ou órgão para deflagrar o processo legislativo. Como exemplo podemos lembrar a iniciativa para elaborar leis complementares e ordinárias, concedida a qualquer **membro ou Comissão da Câmara**, **Senado** ou **Congresso**, ao **Presidente da República** e aos **cidadãos**.

Outro exemplo de iniciativa concorrente a ser lembrado, e que será estudado oportunamente, diz respeito à alteração da Constituição por meio de emendas constitucionais, conforme anuncia o art. 60, I, II e III.

■ 9.13.3.3. Iniciativa "privativa" (reservada ou exclusiva)

Algumas leis são de iniciativa privativa de determinadas pessoas, só podendo o processo legislativo ser deflagrado por elas, sob pena de se configurar **vício formal de iniciativa**, caracterizador da inconstitucionalidade do referido ato normativo.

Muito embora a Constituição fale em competência privativa, melhor seria dizer **competência exclusiva** (ou **reservada**), em razão da marca de sua **indelegabilidade**, como se percebe a seguir.

■ 9.13.3.3.1. Iniciativa reservada ao Presidente da República

Como exemplo, lembramos o art. 61, § 1.º, que estabelece como **leis de iniciativa privativa do Presidente da República** as que:

- ■ **fixem ou modifiquem:** os efetivos das Forças Armadas;

■ **disponham sobre:** *a*) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; *b*) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; *c*) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;[40] *d*) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;[41] *e*) criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública, observado o disposto no art. 84, VI (nova redação determinada pela **EC n. 32, de 11.09.2001**); *f*) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.[42]

■ 9.13.3.3.2. Iniciativa reservada aos Governadores dos Estados e do DF e aos Prefeitos — simetria com o modelo federal

As hipóteses previstas na Constituição Federal de iniciativa reservada do Presidente da República, pelos **princípios da simetria** e da **separação de Poderes**, devem ser observadas em âmbito estadual, distrital e municipal, ou seja, referidas matérias terão de ser iniciadas pelos Chefes do Executivo (Governadores dos Estados e do DF e Prefeitos), sob pena de se configurar **inconstitucionalidade formal subjetiva**. Nesse sentido:

> "Processo legislativo dos Estados-Membros: absorção compulsória das linhas básicas do modelo constitucional federal, entre elas, as decorrentes das normas de reserva de iniciativa das leis, dada a implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal" (ADI 637, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.08.2004, *DJ* de 1.º.10.2004).

> "À luz do princípio da simetria, é (*sic*) de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo estadual as leis que disciplinem o regime jurídico dos militares (art. 61, § 1.º, II, 'f', da CF/1988). Matéria restrita à iniciativa do Poder Executivo não pode ser regulada por emenda constitucional de origem parlamentar" (ADI 2.966, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 06.04.2005, *DJ* de 06.05.2005).

Assim, está **errado** dizer que o Presidente da República terá iniciativa privativa (mais tecnicamente reservada) para dispor sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou no aumento de sua remuneração, em todas as unidades da federação. A

sua atribuição, conforme visto, restringe-se ao **âmbito federal** (art. 61, § 1.º, II, *a*) sendo, em cada unidade federativa, a iniciativa do **respectivo** Chefe do Poder Executivo.

Essa dúvida deixa de existir em relação às outras hipóteses do art. 61, § 1.º, II, na medida em que nas alíneas "b" e "c" já há indicação expressa da União e dos Territórios (que, aliás, são uma extensão da União, não podendo ser definidos como unidade federativa).

■ 9.13.3.3.3. Iniciativa reservada do Judiciário

A CF/88, no art. 96, II, dispõe serem de iniciativa privativa (reservada ou exclusiva) do STF, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça as matérias de seu interesse exclusivo.

Além disso, há previsão no art. 93 para a elaboração de lei complementar, de iniciativa do STF, que disporá sobre o **Estatuto da Magistratura**.

■ 9.13.3.3.4. Iniciativa reservada aos Tribunais de Contas

O art. 73, da CF/88, estabelece que o **TCU** exerce, no que couber, as atribuições previstas no **art. 96**.

Assim, compete ao TCU, nos termos do art. 96, propor ao Poder Legislativo (**iniciativa reservada**) projetos de lei referentes às matérias ali indicadas, como, por exemplo, a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação do subsídio de seus membros.

Esse entendimento deve ser estendido, também, para as demais Cortes de Contas, e, nesse sentido, o projeto de lei tem que ser encaminhado pelo respectivo Tribunal, sob pena de vício formal (art. 75, *caput*, CF/88). Nesse sentido:

> "EMENTA: Inconstitucionalidade formal da lei estadual, de origem parlamentar, que altera e revoga diversos dispositivos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. A Lei estadual 2.351/2010 dispôs sobre forma de atuação, competências, garantias, deveres e organização do Tribunal de Contas estadual. Conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam as Cortes de Contas do país das **prerrogativas** da **autonomia** e do **autogoverno**, o que inclui, essencialmente, a **iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento**, como resulta da interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, "d", da CF..." (**ADI 4.418-MC**, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06.10.2010, Plenário, *DJE* de 22.02.2011 e, no mesmo sentido **ADI 1.994**, j. 24.05.2006).

9.13.3.3.5. Assuntos exclusivos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

O art. 51, IV, estabelece ser competência privativa (exclusiva) da Câmara dos Deputados dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a **iniciativa de lei** para a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros previstos na lei de diretrizes orçamentárias.

Tal previsão para tratar de interesses exclusivos também consta do art. 52, XIII, que atribui, no mesmo sentido, competência reservada ao Senado Federal.

9.13.3.3.6. Podemos falar em iniciativa reservada de matéria tributária?

Não.

O art. 61, § 1.º, II, "b", da CF/88 determina serem de iniciativa reservada do Presidente da República as leis que disponham sobre "organização administrativa e judiciária, **matéria tributária** e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos **Territórios**".

Assim, o STF já entendeu que a exclusividade em iniciar o processo legislativo sobre matéria tributária é exclusivamente em relação às leis dos **Territórios Federais**.

Portanto, no âmbito da União, Estados-membros, DF e Municípios, a iniciativa de leis sobre **matéria tributária** é **concorrente** entre os Chefes do Executivo e os membros do Legislativo, podendo-se, ainda, avançar e sustentar a iniciativa popular sobre matéria tributária, desde que observadas as formalidades do art. 61, § 2.º.

Nesse sentido: "a Constituição de 1988 admite a **iniciativa parlamentar** na instauração do processo legislativo em tema de **direito tributário**. A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca. O ato de legislar sobre direito tributário, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, não se equipara, especialmente para os fins de instauração do respectivo processo legislativo, ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado" (ADI 724-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07.05.1992, *DJ* de 27.04.2001).

Ou, ainda: "(...). Processo legislativo: matéria tributária: inexistência de reserva de iniciativa do Executivo, sendo impertinente a invocação do art. 61, § 1.º, II, "b", da Constituição, que diz respeito **exclusivamente aos Territórios Federais**" (*grifamos* — ADI 3.205, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.

19.10.2006, *DJ* de 17.11.2006). No mesmo sentido: ADI 2.392-MC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 28.03.2001, *DJ* de 1.º.08.2003; ADI 2.474, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 19.03.2003, *DJ* de 25.04.2003; ADI 2.638, Rel. Min. Eros Grau, j. 15.02.2006, *DJ* de 09.06.2006.

9.13.3.3.7. Iniciativa do processo legislativo de matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais

Nos termos do art. 165, I, II e III, da CF/88, leis de **iniciativa do Poder Executivo** estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

Nesse sentido, decidiu o STF: "competência exclusiva do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais. Precedentes: ADI n. 103 e ADI n. 550" (ADI 1.759-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 12.03.1998, *DJ* de 06.04.2001).

9.13.3.3.8. Pode o legitimado exclusivo ser compelido a deflagrar processo legislativo?

De modo geral, o STF entendeu que não poderá o legitimado exclusivo ser "forçado" a deflagrar o processo legislativo, já que a fixação da competência reservada traz, implicitamente, a **discricionariedade** para decidir o momento adequado de encaminhamento do projeto de lei.[43]

Naturalmente, havendo prazo fixado na Constituição (ex.: art. 35, § 2.º, do ADCT), ou em emenda (ex.: art. 5.º da EC n. 42/2003), o legitimado exclusivo poderá ser compelido a encaminhar o projeto de lei.

Certamente poderá ser reconhecida a inconstitucionalidade por omissão na hipótese de não regulamentação de artigos da Constituição de eficácia limitada e desde que observado o critério da razoabilidade.

9.13.3.3.9. Cabe emenda parlamentar em projetos de iniciativa reservada?

O texto de 1988 restituiu aos parlamentares boa parte do poder de emenda que lhes havia sido retirado pelo regime (ditatorial) anterior.

Assim, nos termos do art. 63, I e II, não será admitido aumento da despesa prevista **a)** nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, §§ 3.º e 4.º; **b)** nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público. *A contrario sensu*, então, será admitido o poder de emenda parlamentar.

Nesses termos, de modo geral, entende o STF que cabe emenda

parlamentar desde que respeitados os seguintes requisitos:

- os dispositivos introduzidos por emenda parlamentar não podem estar destituídos de **pertinência temática** com o projeto original;
- os dispositivos introduzidos por emenda parlamentar **não podem acarretar aumento de despesa** ao projeto original.

Assim, cabe emenda parlamentar nas hipóteses de **lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República**, desde que haja pertinência temática e, por regra, não acarrete aumento de despesas.

Excepcionalmente, contudo, nos projetos orçamentários de iniciativa exclusiva do Presidente da República, admitem-se emendas parlamentares mesmo que impliquem aumento de despesas (art. 63, I, c/c o art. 166, §§ 3.º e 4.º):

- ao **projeto de lei do orçamento anual** ou aos **projetos que o modifiquem** e desde que: **a)** sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; **b)** indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre dotações para pessoal e seus encargos; serviço da dívida; transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; **c)** sejam relacionadas com a correção de erros ou omissões ou com os dispositivos do texto do projeto de lei;
- ao **projeto de lei de diretrizes orçamentárias**, desde que as emendas parlamentares que acarretem aumento sejam compatíveis com o plano plurianual.

Avançando, nos termos do art. 63, II, também cabem emendas parlamentares, desde que haja pertinência temática e não acarretem aumento de despesas, aos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados (art. 51, IV — Resolução), do Senado Federal (art. 52, XIII — Resolução), dos Tribunais Federais (arts. 61, *caput*, e 96, II) e do Ministério Público (arts. 61, *caput*; 127, § 2.º; e 128, § 5.º).

Nesse sentido, "art. 34, § 1.º, da Lei estadual do Paraná n. 12.398/98, com redação dada pela Lei estadual n. 12.607/99. (...) **Inconstitucionalidade formal caracterizada**. Emenda parlamentar a projeto de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo que resulta em aumento de despesa afronta os arts. 63, I, c/c 61, § 1.º, II, 'c', da Constituição Federal" (ADI 2.791, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16.08.2006, *DJ* de 24.11.2006).[44]

Finalmente, cabe alertar que, se for apresentada **emenda** a projeto de iniciativa reservada que não tenha observado o requisito da pertinência temática com o projeto original e/ou que acarrete aumento de despesa,

eventual **sanção presidencial não convalidará o vício formal** caracterizador da inconstitucionalidade da lei.[45]

9.13.3.3.10. Sanção presidencial convalida vício de iniciativa?

Não.

Muito embora a regra contida na S. 5/STF, de 13.12.1963 ("a sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo"), pode-se dizer que o seu conteúdo está **superado** desde o advento da EC n. 1/69, nos termos de seu art. 57, parágrafo único, que fixava a impossibilidade de emendas parlamentares a projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República (cf. **Rp 890**, *RTJ* 69/625).

Assim, **sanção presidencial não convalida vício de iniciativa**. Trata-se de vício formal insanável, incurável.[46]

9.13.3.4. Iniciativa popular

9.13.3.4.1. Aspectos gerais

O art. 14, *caput*, da CF/88 prevê que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e **iniciativa popular**.

Trata-se de novidade introduzida pela CF/88, a exemplo do art. 71 da Carta italiana de 1948, estabelecendo a possibilidade de o eleitorado nacional deflagrar processo legislativo de **lei complementar** ou **ordinária**, mediante proposta de, no mínimo, 1% de todo o eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco Estados e, em cada um deles com não menos do que 3/10% dos seus eleitores (art. 61, § 2.º, c/c o art. 14, III, da CF/88 e Lei n. 9.709/98).

Portanto, a iniciativa popular caracteriza-se como uma forma direta de exercício do poder (que emana do povo — art. 1.º, parágrafo único), sem o intermédio de representantes, através de apresentação de projeto de lei, dando-se início ao processo legislativo de formação da lei.[47]

O que deve ficar claro é que o aludido instituto serve apenas para dar o "*start*", ou seja, apenas para deflagrar o processo legislativo, sendo que o Parlamento poderá rejeitar o projeto de lei ou, ainda, o que é pior, emendá-lo, desnaturando a essência do instituto.

Poderíamos pensar na ideia de, havendo qualquer modificação, a lei aprovada ter de passar por referendo popular, mas não é, infelizmente, a tese que vigora.

Esquematizando as regras para a iniciativa popular previstas no art. 61, § 2.º, da CF/88, temos:

- **iniciativa?:** popular;
- **de que forma?:** apresentação de projeto de lei **ordinária** ou **complementar** à **Câmara dos Deputados**;[48] e [49]
- **como deve ser apresentado o projeto de lei?:** o projeto de lei deve ser subscrito por, no mínimo, **1%** do eleitorado nacional;
- **como deve estar disposto esse "1% do eleitorado nacional"?:** 1% do eleitorado nacional deve estar distribuído por, pelo menos, **5** Estados e, em cada Estado, não pode ter menos do que **3/10%** dos eleitores daquele Estado.

Para se ter uma ideia do número necessário, em *dezembro de 2011* o eleitorado nacional, informado pelo TSE, era de **136.535.043** eleitores. Portanto, o número para a iniciativa popular seria de, pelo menos, **1.365.351**, obedecendo-se, ainda, às regras expostas na Constituição de percentual mínimo por Estado.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, diante desse rigorismo procedimental e numérico, qualifica a iniciativa popular como **"instituto decorativo"**.[50]

O art. 13, § 1.º, da Lei n. 9.709/98, no mesmo sentido do que já dizia o art. 252, VIII, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, dispõe que o projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a **um só assunto**, isso para facilitar a coleta de assinaturas e a exata compreensão do que se está assinando.

O art. 13, § 2.º, da Lei n. 9.709/98 prevê que o projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, que é a Casa iniciadora (sendo o Senado Federal a Casa revisora), por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação, sendo que o art. 14 estabelece que a Câmara dará seguimento à iniciativa popular consoante as normas do Regimento Interno.

Para aprofundar o assunto, o(a) amigo(a) concurseiro(a) poderá analisar o art. 252 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, bem como os arts. 24, II, "c"; 91, II; 105, IV, e 171, § 3.º do Regimento Interno do Senado Federal.

■ 9.13.3.4.2. Existe algum exemplo de lei fruto de iniciativa popular?

Surge o grande questionamento: o Brasil tem tradição em projetos de iniciativa popular? Há alguma lei que teve a iniciativa popular nos termos do art. 61, § 2.º, da CF/88?

Existem somente *quatro* projetos de lei de iniciativa popular aprovados (com algumas observações, abaixo, sobre se, de fato, foram em sua essência de iniciativa popular), apresentados a seguir em ordem cronológica de

aprovação:

- **Lei n. 8.930/94** — conhecido como o **Projeto de Iniciativa Popular Glória Perez**, em razão do homicídio de sua filha, o documento reuniu mais de 1 milhão e 300 mil assinaturas, culminando com a modificação da Lei de Crimes Hediondos. Cabe alertar, contudo, que, na prática, esse projeto foi encaminhado pelo Presidente da República, pela Mensagem n. 571, de 08.09.1993, que, autonomamente, já teria iniciativa para deflagrar o processo legislativo. No *site* da Câmara dos Deputados, o projeto aparece como sendo de coautoria do Executivo e da Iniciativa Popular. No *site* do Senado Federal, contudo, na tramitação legislativa aparece como sendo somente do Executivo;
- **Lei n. 9.840/99** — conhecido como **"captação de sufrágio"**, buscou, nos termos de sua justificativa, "... dar mais condições para que a Justiça Eleitoral possa coibir com mais eficiência o crime de compra de votos de eleitores" (*DCD*, 15.09.1999, p. 41598). Iniciou-se com o lançamento do projeto "Combatendo a corrupção eleitoral", em fevereiro de 1997, pela Comissão Brasileira de Justiça e Paz (CBJP), com o apoio da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), sendo apoiada a iniciativa por mais de 60 entidades.

Até 10.08.1999 tinha sido subscrito o projeto de iniciativa popular por **952.314** eleitores, sendo entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados. O tempo era muito curto, pois se queria aprovar a nova regra para já ser aplicada nas eleições do ano 2000 e, ainda, faltavam votos para alcançar o percentual constitucional (à época, correspondente a 1 milhão e 60 mil assinaturas).

Diante dessa situação, faltando assinaturas e existindo o real risco de eventual questionamento de sua validação técnica, o projeto foi subscrito pelo *Deputado Albérico Cordeiro* e outros 59 parlamentares, sendo aprovado em tempo recorde e passando as suas regras a ser aplicadas já a partir das eleições do ano 2000 (o Presidente da República sancionou a lei em 28.09.1999, que foi publicada no *DOU* de 29.09.1999, portanto um dia antes do prazo fatal para a sua aplicação no pleito de 1.º de outubro de 2000 — *vide* art. 16 da CF/88).[51]

Por fim, apenas a título de esclarecimento, cabe observar que a **ADI 2.942** questiona o art. 41-A da Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições), acrescentado pela Lei n. 9.840/99,[52] sendo alegada a tese de que a matéria prevista no referido artigo deveria ser objeto de **lei complementar**, e não lei ordinária, já que se estaria criando mais uma hipótese de inelegibilidade (art. 14, § 9.º, da CF/88).

O tema foi resolvido em outra ADI, conforme *Inf. 446/STF*: "o Tribunal

julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Socialista Brasileiro — PSB contra a expressão 'cassação do registro ou do diploma', constante do art. 41-A da Lei 9.504/97, pena cominada ao crime de captação de sufrágio nele definido. Na linha do que decidido no julgamento da ADI n. 3.305/DF (j. 13.9.2006), entendeu-se que a cominação da referida sanção não implica nova hipótese de inelegibilidade, não havendo, portanto, ofensa ao § 9.º do art. 14 da CF. De igual modo, afastou-se a alegação de afronta ao disposto nos §§ 10 e 11 do citado art. 14 da CF. Ressaltou-se, no ponto, que o procedimento da representação para a apuração da conduta descrita no art. 41-A da Lei 9.504/97 é o previsto nos incisos I a XIII do art. 22 da Lei Complementar 64/90, já que ela não implica declaração de inelegibilidade, mas apenas cassação do registro ou do diploma, diferentemente do que ocorre na ação de investigação judicial eleitoral, em relação à qual aplicam-se os incisos I e XV do art. 22 da aludida LC. Por isso, a decisão fundada no art. 41-A da Lei 9.504/97 tem eficácia imediata, não incidindo o que previsto no art. 15 da LC 64/90, que exige o trânsito em julgado da decisão para a declaração de inelegibilidade do candidato. Afirmou-se, por fim, que o art. 41-A foi introduzido na Lei 9.504/97, pela Lei 9.840/99, com o objetivo de combater as condutas ofensivas ao direito fundamental ao voto, isto é, proteger a vontade do eleitor" (**ADI 3.592/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.10.2006).

■ **Lei n. 11.124/2005** — conhecida como **"fundo nacional para moradia popular"**, a lei dispõe sobre o *Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social* (SNHIS), cria o *Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social* (FNHIS) e institui o Conselho Gestor do FNHIS.

Trata-se do **primeiro projeto de iniciativa popular da história brasileira** apresentado à Câmara dos Deputados (lembrar que o instituto da iniciativa popular foi introduzido pela CF/88) — PL n. 2.710/92-CD, que tramitou por mais de treze anos. "O principal objetivo do Fundo é somar e articular todos os recursos para ações em habitação nos três níveis de governo — federal, estaduais e municipais —, e direcioná-los para atender as famílias de baixa renda."[53]

A Comissão de Constituição e Justiça, durante a tramitação do referido projeto de lei, que culminou na aprovação da Lei n. 11.124/2005, chegou a discutir eventual vício formal de iniciativa na medida em que, em tese, o dispositivo legal contém normas sobre *Administração Pública*, *criação de órgãos*, *atribuição de competências*, *gestão de recursos* etc., o que poderia levar ao entendimento de que só ao Presidente da República caberia iniciar o

aludido processo legislativo, nos termos do art. 61, § 1.º, II, "a" e "e".

Esse entendimento literal **não** nos parece o mais correto, como veremos a seguir, especialmente diante do sentido maior de titularidade do poder pelo povo, que elege o Presidente da República, à luz da interpretação sistemática do texto.

No entanto, esse tema ainda não foi enfrentado pelo STF e, de modo geral, para as provas preambulares, não vem sendo aceito o instituto da iniciativa popular em matérias de iniciativa **reservada** ou **exclusiva**.

- **LC n. 135/2010 ("Ficha Limpa")** — muito embora tenha sido iniciada a discussão a partir de projeto originário do Executivo (*PLP 168/93*), o *Projeto de Lei Complementar n. 518/2009 (Câmara dos Deputados)* foi encaminhado por diversos Deputados Federais, apoiado por um milhão e setecentas mil assinaturas, com o objetivo de tramitar como projeto de iniciativa popular. Assim, puramente, não foi um projeto exclusivamente de iniciativa popular, mas, sim, teve ampla aceitação da sociedade.

■ 9.13.3.4.3. Conclusões iniciais

Por todo o exposto, percebe-se que a **experiência brasileira** é muito **tímida**. Reconhecemos que os requisitos rígidos contribuem para essa situação (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como vimos, fala em **"instituto decorativo"**). Contudo, na prática, temos certeza de que o instituto consagra a soberania popular e serve, ao menos, de **pressão** para que o Congresso Nacional priorize as matérias, mesmo quando o projeto é encampado por algum Parlamentar ou outro órgão que tenha a possibilidade da iniciativa legislativa.

Essa realidade, que demonstra a pouca participação popular nos projetos de lei, vem sendo, contudo, discutida no Congresso Nacional, e há vários projetos no sentido de facilitar e viabilizar a *democracia participativa*, como a **PEC n. 2/99**, que diminui o percentual das assinaturas para 0,5% do eleitorado nacional, o **PL 4.764/2009**, que admite a assinatura digital (eletrônica) para o envio das propostas, o **PL 7.003/2010**, que possibilita o uso de urnas eletrônicas para a coleta das assinaturas, entre tantos outros.

Buscando minimizar essa realidade, tanto na Câmara como no Senado, já existem *Comissões Participativas*, destacando-se:

- **Comissão de Legislação Participativa (art. 32, XII, *RICD*):** possui, como campo temático ou área de atividade: *a*) sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto Partidos Políticos; *b*) pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea "a" desse inciso;
- **Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (art. 102-E, *RISF*):** compete opinar sobre: I — sugestões legislativas apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto partidos políticos com representação política no Congresso Nacional; II — pareceres técnicos, exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas no inc. I.

■ 9.13.3.4.4. Iniciativa popular de "PEC"?

Muito embora desejável, o sistema brasileiro **não** admitiu **expressamente** a iniciativa popular para propostas de emendas à Constituição (PEC), apesar de entendermos perfeitamente **cabível**, como se verá abaixo.

Em sentido contrário, de modo expresso, o exercício do poder constituinte derivado reformador foi direcionado para o rol de legitimados previsto no art. 60, I, II e III, da CF/88, consagrando a denominada **iniciativa concorrente**.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, em excelente e recomendada monografia sobre o tema, observam que, "ao contrário do que foi previsto em relação ao processo legislativo de elaboração das leis (CF, art. 61, § 2.º), não foi contemplada pela vigente Carta da República a possibilidade de iniciativa popular no processo de reforma da Constituição, isto é, os cidadãos não dispõem de legitimidade para apresentar uma proposta de emenda à Constituição".[54]

Mônica de Melo também observa que "... projeto de lei de iniciativa popular não pode alterar normas constitucionais, uma vez que o instrumento próprio é a emenda constitucional, que possui iniciativa própria e diferenciada das outras espécies".[55]

No entanto, **com o máximo respeito**, ousamos discordar, apontando para uma linha mais ampla da regra prevista no art. 61, § 2.º.

Valemo-nos, para tanto, da interpretação sistemática, destacando o art. 1.º, parágrafo único, que permite o exercício do poder de forma **direta** pelo próprio povo, e o art. 14, III, ao estabelecer que a **soberania popular** será exercida mediante a iniciativa popular.

Portanto, nessa linha, José Afonso da Silva observa que a iniciativa popular para PEC pode vir a ser reconhecida "... com base em normas gerais e princípios fundamentais da Constituição", apesar de não estar esse tipo de iniciativa popular "... especificamente estabelecido para emendas constitucionais como o está para as leis (art. 61, § 2.º)".[56]

E complementa afirmando que o instituto da iniciativa popular para PEC "... vai depender do desenvolvimento e da prática da democracia participativa que a Constituição alberga como um de seus princípios fundamentais".[57]

Que fazer então na prova? Tratando-se de prova escrita, tranquilo: cada um vai desenvolver a linha de raciocínio pela admissibilidade (interpretação sistemática) ou não (interpretação literal). E na prova preambular? Com todo o respeito, espero que esse tipo de pergunta não apareça em qualquer concurso em prova preambular de múltipla escolha.

O que se pode perguntar é se a iniciativa popular de PEC foi prevista **expressamente** no texto da CF/88. A resposta é **não**. O que temos é a sua admissão em razão de interpretação sistemática.

Cabe alertar, para ter exemplos, que dos 26 Estados + o DF, **16**, portanto, mais da metade, admitem, de **forma declarada** e **expressa** (*vide* quadro a seguir), a iniciativa popular para encaminhamento de PEC.

Para se ter outro exemplo, a Lei Orgânica do Município de São Paulo também admite o encaminhamento de emendas por iniciativa popular (art.

5.º, § 1.º, II).

Como outro exemplo podemos citar a PEC n. 3/98 à Constituição do Estado do **Pará**, que, de maneira inédita, **por iniciativa popular**, suspendeu a **restrição** do passe livre às pessoas portadoras de deficiência, nos transportes públicos rodoviários e aquaviários, intermunicipais e municipais, no Pará, modificando o art. 249, VI, "a", da Constituição do Estado.[58]

Quadro Comparativo das Constituições Estaduais

ESTADOS DA FEDERAÇÃO	PREVISÃO EXPRESSA D INICIATIVA POPULAR D "PEC" NA CONSTITUIÇ ESTADUAL SIM
Acre	■ art. 53, III, Constituição Estadual

Alagoas	■ art. 85, IV, Constituição Estadual
Amapá	■ arts. 103, I… e 110 da Constituição Estadual
Amazonas	■ art. 32, IV, Constituição Estadual
Bahia	■ art. 31 da Constituição Estadual
Ceará	

DF	■ art. 70, III, Lei Orgânica DF
Espírito Santo	■ art. 62, III, Constituição Estadual
Goiás	■ art. 19, IV, Constituição Estadual
Maranhão	
Mato	

Grosso	
Mato Grosso do Sul	
Minas Gerais	
Pará	■ art. 8.º, parágrafo úni da Constituiçã Estadual
	■ art. 62, IV -

Paraíba	acrescentado pela EC n. 2/9 da Constituiçã Estadual
Paraná	
Pernambuco	■ art. 17, III, Constituição Estadual
Piauí	

Rio de Janeiro	
Rio Grande do Norte	
Rio Grande do Sul	■ art. 58, IV, Constituição Estadual
Rondônia	
	■ art. 39, IV,

Roraima	Constituição Estadual
Santa Catarina	■ art. 49, IV, Constituição Estadual
São Paulo	■ art. 22, IV, Constituição Estadual
Sergipe	■ art. 56, IV, Constituição Estadual
Tocantins	

Canotilho, analisando a Constituição de Portugal, observa que “a iniciativa popular é um procedimento democrático que consiste em facultar ao povo (a uma percentagem de eleitores ou a um certo número de eleitores) a **iniciativa de uma proposta tendente à adopção de uma norma constitucional** ou legislativa”.[59]

Parece uma linha bastante interessante de se pensar, especialmente se se fizer uma **interpretação sistemática** da Constituição, lembrando que a titularidade do poder pertence ao **povo**, nos termos do art. 1.º, parágrafo único, da CF/88, e que a **soberania popular** é exercida pelo plebiscito, pelo referendo e pela **iniciativa popular**.

Realizando pesquisa na jurisprudência do STF, encontramos apenas um único caso em que se analisava a possibilidade de PEC de iniciativa popular em âmbito estadual, qual seja, o questionamento da constitucionalidade dos arts. 103, IV, e 110 da Constituição do Amapá, na **ADI 825-1**. No julgamento da liminar, o STF suspendeu a eficácia de outros dispositivos que também eram objeto de impugnação e não esses que tratavam da iniciativa popular **(matéria pendente de julgamento de mérito)**.

Esperamos que o STF não julgue inconstitucional esse importante instrumento de democracia direta, de exercício do poder pelo próprio povo e de consolidação da soberania popular e implemento da cidadania.

■ 9.13.3.4.5. Cabe iniciativa popular de matérias reservadas à iniciativa exclusiva de outros titulares?

De modo geral, não se admite a iniciativa popular para matérias em relação às quais a Constituição fixou determinado titular para deflagrar o processo legislativo (iniciativa exclusiva ou reservada).

Como todos sabem, existe previsão de iniciativa reservada (exclusiva) para o Presidente da República (art. 61, § 1.º); o Poder Judiciário (ex., art. 93); as Mesas da Câmara e do Senado (arts. 51, IV, e 52, XIII) etc.

O único questionamento que vem surgindo é no sentido da possibilidade ou não de iniciativa popular em matérias de **iniciativa reservada do Presidente da República** (em relação aos outros titulares, a dúvida estaria afastada).

Temos um exemplo concreto: conforme vimos, a Comissão de Constituição e Justiça, durante a tramitação do projeto de lei que culminou na aprovação da **Lei n. 11.124/2005** (de iniciativa popular), chegou a discutir eventual vício formal de iniciativa tendo em vista que a matéria tratada, nos termos do art. 61, § 1.º, II, “a” e “e”, seria de competência exclusiva, portanto, indelegável, do Presidente da República.

O entendimento da CCJ, tanto da CD como do SF, foi no sentido de que

não haveria vício de iniciativa.

Isso porque o processo legislativo teria sido instaurado por iniciativa popular, lembrando que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes.

Parece-nos bastante sedutora essa tese. Vamos aguardar, contudo, eventual manifestação do STF sobre o assunto.

Para as provas, especialmente as preambulares, temos visto o entendimento de que, genericamente, não caberia iniciativa popular em matérias de iniciativa reservada. Não encontramos nenhuma prova que tenha feito pergunta no sentido de iniciativa popular em caso de iniciativa reservada do Presidente da República.

José Afonso da Silva, expressamente, ao falar sobre a iniciativa popular, observa que se trata de "... iniciativa legislativa que ingressa no campo das **iniciativas concorrentes**. **Não** se admite iniciativa legislativa popular em **matéria reservada** à iniciativa exclusiva de outros titulares...".[60]

Fica o tema para ser discutido...

■ 9.13.3.4.6. Iniciativa popular e as espécies normativas: esquematização

Nesse tópico, procuramos sistematizar o cabimento de iniciativa popular em relação às espécies normativas do art. 59. Então vejamos:

ESPÉCIE NORMATIVA	CAB INICIAT POPUL
Emendas à Constituição	■ admite- desde qu faça a já comentac

	discutida **interpret** **sistemát** texto
Leis complementares	■ a CF expressa **admite** n termos d 61, § 2.º
Leis ordinárias	■ a CF expressa **admite** n termos d 61, § 2.º
Leis delegadas	■ **não se admite**, j

	delegaçã termos d 68, deve solicitada President República concedida meio de **resoluçã** Congress Nacional President República somente
Medidas provisórias	■ **não se admite**, j titularidad

	a edição é exclusiv Chefe do Executivo casos de relevância urgência termos d 62 da CF
Decretos legislativos	■ **não se admite**, j decreto legislativo instrumen qual o Congress

	Nacional materializ suas competên exclusivas previstas 49 da CF
Resoluções	■ **não se admite**, já resolução instrumen qual se instrumen as atribui da CD, do ou alguma comuns fi

no regime
interno do
Congress
Nacional

9.13.3.4.7. Iniciativa popular em âmbito estadual e municipal

A iniciativa popular em **âmbito estadual** está prevista no art. 27, § 4.º, que transfere a sua regulamentação para lei. Apenas a título de ilustração, a Constituição do Estado de São Paulo regulamenta a matéria em seu art. 24, § 3.º, trazendo diversas regras.

O art. 29, XIII, da CF/88 fixa as regras para a iniciativa popular em **âmbito municipal**, dispondo de modo diferente da iniciativa popular em âmbito federal, nos seguintes termos: “iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, **5% do eleitorado**”.

9.13.3.5. Iniciativa conjunta: ainda persiste, tendo em vista a Reforma da Previdência (EC n. 41/2003)?

Na hipótese de iniciativa conjunta, existe uma presunção de **consenso de vontades**, estabelecendo a CF competência para que diversas pessoas, **conjuntamente**, deflagrem o processo legislativo.

Como exemplo, lembramos a inovação introduzida pela EC n. 19/98, que estabeleceu a iniciativa conjunta para a elaboração de lei que fixasse o subsídio dos Ministros do STF, **teto máximo determinado no art. 37, XI**.

Referido teto máximo, correspondente ao subsídio dos Ministros do STF, deveria, de acordo com a **regra anterior**, ser fixado por lei federal, ordinária (art. 47 da CF/88), a ser editada pelo Congresso Nacional, de **iniciativa conjunta** do Presidente da República, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Presidente do Senado Federal e do Presidente do STF (art. 48, XV).

A **EC n. 41/2003**, em contrapartida, afastou a regra da iniciativa conjunta, como se verá no próximo item, prevendo o novo procedimento de **iniciativa exclusiva do Presidente do STF** para se deflagrar o processo legislativo que fixa o subsídio dos Ministros do STF — teto do funcionalismo (art. 48, XV, c/c o art. 96, II, “b”).

9.13.3.6. Iniciativa para fixação do subsídio dos Ministros do STF — teto do funcionalismo — art. 48, XV, c/c o art. 96, II, "b"

Conforme visto no item anterior, a **Reforma da Previdência** (EC n. 41/2003) trouxe **nova regra** no tocante à iniciativa do projeto de lei para a fixação do subsídio dos Ministros do STF.

De acordo com o art. 96, II, "b", a iniciativa de projeto de lei fixando a remuneração dos serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, cabe aos **Tribunais**.

Assim, a iniciativa do projeto de lei, que deverá ser analisado pelo Congresso Nacional (art. 48, XV), para a fixação do teto do funcionalismo (subsídio mensal do Ministro do STF) cabe ao **STF**.

Passemos a analisar algumas particularidades sobre o **teto do funcionalismo**.

Como se sabe, nos termos do inciso XI do art. 37, a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, **incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**, aplicando-se como limite, nos **Municípios**, o subsídio do **Prefeito**, e, nos **Estados** e no **Distrito Federal**, o subsídio mensal do **Governador** no âmbito do **Poder Executivo**, o subsídio dos **Deputados Estaduais e Distritais** no âmbito do **Poder Legislativo** e o subsídio dos **Desembargadores do Tribunal de Justiça**, limitado a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF, no âmbito do **Poder Judiciário**, aplicável esse limite aos membros do MP, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

O art. 37, § 9.º, acrescentado pela EC n. 19/98, estabelece que o disposto no inciso XI do art. 37 aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

Abrandando a regra geral do art. 37, XI (que incluía no teto as "... **vantagens pessoais** ou de **qualquer outra natureza**"), a **EC n. 47/2005**, inserindo o § 11 no art. 37, preceituou não serem computadas, para efeito dos limites remuneratórios, as **parcelas de caráter indenizatório previstas em lei**. Trata-se de norma de eficácia limitada, que, contudo, tem efetividade e efeitos em razão da regra de integração prevista no art. 4.º da EC n. 47/2005.

Isso porque, segundo essa regra de transição, "enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional n. 41, de 2003".

Outra medida no sentido de **amenizar** o impacto da **Reforma da Previdência** (EC n. 41/2003) e em fortalecimento da **autonomia federativa**, a EC n. 47/2005 introduziu no art. 37 o § 12, permitindo que os Estados e o DF, por critérios de conveniência e oportunidade, fixem, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, um **teto único** equivalente ao subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo TJ, limitado a 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do STF. Essa regra, contudo, não se aplica aos Deputados Estaduais, Distritais e Vereadores.

Cabe ainda lembrar que, nos termos do art. 8.º da EC n. 41/2003, até que fosse estabelecido o teto do funcionalismo por lei federal ordinária de iniciativa do Presidente do STF (art. 96, II, "b" — competência do STF, sendo que o projeto de lei se iniciaria na Câmara dos Deputados), aprovada pelo Congresso Nacional (art. 48, XV), este seria o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação da Emenda, nos exatos termos da nova redação conferida ao inciso XI do art. 37, acima reproduzida, lembrando-se, ainda, a previsão dos subtetos.

Em 05.02.2004, em *Sessão Administrativa* convocada pelo então Presidente do STF, Ministro Maurício Corrêa, no julgamento do *Processo Administrativo n. 319.269*, ficou estabelecido que o teto salarial do STF (até que viesse a lei) seria de **R$ 19.115,19**.

Três foram as hipóteses analisadas pelos Ministros: **a) R$ 17.343,71** — subsídio básico dos Ministros do STF; **b) R$ 19.115,19** — valor recebido pelo Presidente do STF, já que o Decreto-lei n. 1.525/77, com a redação dada pelo Decreto-lei n. 1.604/78, manda acrescer à representação mensal devida ao Presidente da Corte o percentual de 20%, correspondente a R$ 1.771,48; **c) R$ 23.213,89** — valor decorrente da *gratificação de presença* devida na forma da Lei 8.350/91[61] e pago aos Ministros do STF que atuam perante o TSE (art. 119, I, "a", da CF/88).

Assim, conforme visto, em cumprimento ao art. 8.º da EC n. 41/2003, até que viesse a lei, o teto máximo do funcionalismo seria o valor pago ao Ministro Presidente do STF, de **R$ 19.115,19**.

No referido julgamento, o Tribunal entendeu, contudo, que os três Ministros que acumulam função perante o TSE **não** terão os seus vencimentos

reduzidos, já que, por determinação constitucional, recebem **gratificação especial**, não podendo uma regra fixar a acumulação (de cargos e vencimentos) e outra proibi-la.

Em suas palavras, justificadoras da não redução em relação aos Ministros do TSE, o Ministro Maurício Corrêa assim se manifestou: "invoco a práxis da interpretação harmônica e teleológica do texto constitucional para concluir que, na **situação particular** da acumulação dos cargos de Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, autorizada e mesmo determinada pelo artigo 119 da Constituição, não se aplica a cumulação das remunerações para fixação do teto ou, em outras palavras, as remunerações respectivas, para fins da aplicação do inciso XI do artigo 37, que deverão, nesse caso específico, ser consideradas isoladamente. Somente estarão sujeitas à redução se, em uma ou outra situação, *per se*, ultrapassar o limite fixado pela EC 41/2003. É claro que tal raciocínio se aplica, por decorrência lógica, a todas as situações de composição da Justiça Eleitoral" (cf. íntegra do voto: *Notícias STF*, 10.02.2004 — 15h48).

Posteriormente, nos termos do art. 96, II, "b", o PL n. 4.651/2004, de iniciativa do Presidente do STF, fixou o teto em **R$ 21.500,00**, a partir de 1.º.01.2005, e **R$ 24.500,00**, a partir de 1.º.01.2006 (*Notícias STF*, 21.12.2004 — 17h36). Referido projeto de lei foi convertido na **Lei n. 11.143**, de 26.07.2005, que entrou em vigor na data de sua publicação.

Tendo em vista o aumento de 5% fixado pela Lei n. 12.041, de 08.10.2009, a partir de 1.º.09.2009, o subsídio mensal dos Ministros do STF e, assim, o teto do funcionalismo, passou a ser de R$ 25.725,00, estabelecendo-se, na referida lei, um novo aumento de 3,88% a partir de 1.º.02.2010, quando se atingiu o valor de **R$ 26.723,13**.

Apenas para conhecimento, destacamos a tramitação do *PL n. 7.753/2010-CD*, encaminhado em 16.08.2010 pelo STF, que propõe, reajustando em 14,79%, o aumento do subsídio dos Ministros para **R$ 30.675,48 (matéria pendente)**.

■ 9.13.3.7. Algumas peculiaridades a serem observadas

■ 9.13.3.7.1. Organização do Ministério Público

Quando descrevemos as hipóteses de iniciativa privativa, lembramos o art. 61, § 1.º, que trata das matérias de competência privativa do Presidente da República.

Apesar dessa previsão expressa, no tocante à **iniciativa para apresentação de projeto de lei complementar de organização do Ministério Público da União** (art. 61, § 1.º, II, "d"), a CF/88 estabeleceu competência

"concorrente" entre o **Presidente da República** e o **Procurador-Geral da República**, conforme pode ser observado pela leitura do art. 128, § 5.º. Assim, a matéria sobre a organização do Ministério Público da União terá iniciativa legislativa concorrente do Presidente da República com o Procurador-Geral da República. Nesse caso José Afonso da Silva chega a falar de uma espécie de **"iniciativa compartilhada"**.[62]

Tendo em vista a necessária **observância compulsória** pelos Estados-membros e pelo DF das regras básicas de processo legislativo federal, também em âmbito estadual e distrital dever-se-á observar a regra da **iniciativa compartilhada**.

Assim, no **âmbito estadual**, concorrem para legislar, mediante **lei complementar**, sobre **normas específicas** de organização, atribuições e estatuto do respectivo Ministério Público local, o Governador do Estado e o Procurador-Geral de Justiça, muito embora a lei de iniciativa do Presidente da República seja sobre **normas gerais** (no caso, a **Lei n. 8.625/93 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público — LONMP**).[63]

Em igual medida, em **âmbito distrital**, tendo em vista a regra do art. 21, XIII (que confere competência à União para organizar e manter o MP do DF e Territórios), e do art. 128, I (que aloca o MP do DF e Territórios como ramo do MP da União), a iniciativa da LC para disciplinar sobre a organização do MP do DF e Territórios é concorrente entre o **Presidente da República** e o **Procurador-Geral da República**, perante o CN. Nesse sentido, o art. 2.º, parágrafo único, da Lei n. 8.625/93 estabelece que a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios serão objeto da **Lei Orgânica do Ministério Público da União** (no caso a **LC n. 75/93**).[64]

Finalmente, no tocante ao **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**, por entender o STF que se trata de **Ministério Público especial**, não integrante do MP comum (art. 130), a iniciativa de lei sobre a sua organização será privativa da respectiva Corte de Contas.

■ 9.13.3.7.2. Proposta pela maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67 — princípio da irrepetibilidade)

O art. 67 da CF/88 estabelece que a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da **maioria absoluta dos membros** de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Trata-se do chamado **princípio da irrepetibilidade dos projetos**

rejeitados na mesma sessão legislativa, cuja origem remonta ao art. 40 da Constituição de 1891.

Como veremos, deflagrado o processo legislativo, se na fase de *discussão e votação* o projeto de lei **não** for aprovado, ou mesmo se vetado e mantido o veto pelo Parlamento (o que corresponderia a uma não aprovação), como **regra geral** só poderá ser reapresentado na sessão legislativa seguinte (lembrar que a sessão legislativa é o período anual em que os parlamentares se reúnem em Brasília, conforme o art. 57, *caput*).

No entanto, através da proposta da **maioria absoluta dos membros** de qualquer das Casas do Congresso Nacional, o projeto de lei poderá ser reapresentado na mesma sessão legislativa, surgindo, assim, uma nova hipótese de **iniciativa para o processo legislativo**.

Algumas questões podem ser levantadas:

- **e se o novo projeto de lei, cuja iniciativa seguiu o procedimento do art. 67, for novamente rejeitado? Poderá a matéria ser reapresentada, na forma do art. 67, na mesma sessão legislativa, por uma segunda vez?**

Parece-nos que **sim**. Não há, pelo menos do ponto de vista da regra do art. 67, uma limitação de quantidade de vezes para a reapresentação do projeto. O único requisito que se fixa é o *quorum* qualificado da maioria absoluta, surgindo, assim, uma exceção ao princípio da irrepetibilidade dos projetos rejeitados.

- **e em relação às matérias de iniciativa reservada ou exclusiva?**

Conforme vimos, algumas matérias são de iniciativa *privativa* (ou melhor, **exclusiva** ou **reservada**) de determinadas pessoas ou órgãos, só podendo o processo legislativo ser deflagrado por elas, sob pena de se configurar **vício formal de iniciativa**, caracterizador da inconstitucionalidade do referido ato normativo.

Assim, como a matéria só poderá ser encaminhada pelo titular da iniciativa reservada, entendemos que a regra do art. 67 **não** poderá ser aplicada.

Em **matérias de iniciativa reservada**, portanto, o projeto de lei rejeitado **só poderá ser reapresentado na sessão legislativa seguinte**, pois não se conseguiria o *quorum* qualificado da maioria absoluta, sob pena de se caracterizar vício formal de inconstitucionalidade por violação ao princípio da irrepetibilidade.

Nesse caso, portanto, pode-se afirmar que o **princípio da irrepetibilidade é absoluto**.

■ **e em relação às matérias constantes de projeto de lei rejeitado pelo CN, poderá o Presidente da República veicular a mesma matéria por MP?**

Entendemos que **não**, pois estaria sendo violada a regra do art. 67 e o princípio da separação de Poderes e integridade da ordem democrática. A única forma de reapresentar matéria constante de projeto de lei rejeitado seria somente mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

■ **e em relação à MP que veicule matéria constante de outra MP anteriormente rejeitada pelo CN?**

Também entendemos que **não** poderá o Presidente apresentar nova MP constante de outra MP anteriormente rejeitada, sob pena de se violar a regra do art. 67.

Nesse sentido, sobre esses dois últimos assuntos:

> "EMENTA: A norma inscrita no art. 67 da Constituição — que consagra o *postulado da irrepetibilidade dos projetos rejeitados na mesma sessão legislativa* — não impede o Presidente da República de submeter, à apreciação do Congresso Nacional, reunido em convocação extraordinária (CF, art. 57, § 6.º, II), projeto de lei versando, total ou parcialmente, a mesma matéria que constituiu objeto de medida provisória rejeitada pelo Parlamento, em sessão legislativa realizada no **ano anterior**. O Presidente da República, no entanto, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes e de transgressão à integridade da ordem democrática, **não** pode valer-se de medida provisória para disciplinar matéria que já tenha sido objeto de projeto de lei anteriormente rejeitado na **mesma sessão legislativa** (*RTJ* 166/890, Rel. Min. Octavio Gallotti). Também pelas mesmas razões, o Chefe do Poder Executivo da União **não** pode reeditar medida provisória que veicule matéria constante de outra medida provisória anteriormente rejeitada pelo Congresso Nacional (*RTJ* 146/707-708, Rel. Min. Celso de Mello)" (ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.09.1999, *DJ* de 12.04.2002).

■ 9.13.3.7.3. Iniciativa parlamentar ou extraparlamentar

Essa classificação é pouco cobrada nos concursos, mas convém explicá-la, a fim de evitar surpresas no dia das provas. Segundo Alexandre de Moraes, "diz-se **parlamentar** a prerrogativa que a Constituição confere a todos os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais/Senadores da República) de apresentação de projetos de lei. Diz-se, por outro lado, iniciativa **extraparlamentar** àquela conferida ao Chefe do Poder Executivo, aos Tribunais Superiores, ao Ministério Público e aos cidadãos (iniciativa popular de lei)".[65]

9.13.4. Fase constitutiva

Nessa segunda fase do processo legislativo, teremos a conjugação de vontades, tanto do Legislativo (deliberação parlamentar — discussão e votação) como do Executivo (deliberação executiva — sanção ou veto).

9.13.4.1. Deliberação parlamentar — discussão e votação

Como regra geral, em decorrência do **bicameralismo federativo**, tratando-se de processo legislativo de lei federal, sempre haverá a apreciação de duas Casas: a **Casa iniciadora** e a **Casa revisora**. Assim, para que o projeto de lei seja apreciado pelo Chefe do Executivo, necessariamente, deverá ter sido, previamente, apreciado e aprovado pelas duas Casas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

9.13.4.1.1. O projeto começa na Câmara ou no Senado?

Para solucionar essa questão, o art. 64, *caput,* é expresso ao delimitar que a discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do **Presidente da República**, do **Supremo Tribunal Federal** e dos **Tribunais Superiores** terão início na Câmara dos Deputados. A este rol acrescentaríamos os projetos de **iniciativa concorrente dos Deputados** ou de **Comissões da Câmara**, os de iniciativa do **Procurador-Geral da República** e, naturalmente, os de **iniciativa popular** (art. 61, § 2.º), que, como já visto, também terão início na **Câmara dos Deputados**, sendo esta, portanto, a *Casa iniciadora* e o Senado Federal, em todas essas hipóteses lembradas, a *Casa revisora*.

Assim, perante o **Senado Federal** são propostos somente os projetos de lei de iniciativa dos **Senadores** ou de **Comissões do Senado**, funcionando, nesses casos, a Câmara dos Deputados como Casa revisora.

9.13.4.1.2. Apreciação pelas Comissões

Iniciado o processo legislativo, o projeto de lei passa à apreciação pelas Comissões.

Basicamente, o projeto deverá ser analisado, em primeiro lugar, por uma **comissão temática**, que analisará a **matéria** da proposição, e, em seguida, pela **Comissão de Constituição e Justiça**, que analisará, dentre outros aspectos, a sua **constitucionalidade** (cf., por exemplo, a previsão dessa ordem nos termos do art. 53, do *RICD*).

Quando envolver *aspectos financeiros ou orçamentário público,* depois da comissão temática e antes da CCJ, o projeto será apreciado pela *Comissão de Finanças e Tributação*, para o exame da compatibilidade ou adequação orçamentária (art. 53, *RICD*).

Cabe observar que essa nova regra, qual seja, a CCJ apreciar o projeto

depois da Comissão temática (matéria), foi introduzida pela *Resolução n. 10/91* ao *RICD*.

Conforme anotou Casseb, "é importante notar que a ordem atual da participação das comissões que comporta, em primeiro lugar, o exame dos projetos pelas comissões temáticas e depois pela Comissão de Constituição e Justiça decorreu da necessidade de se eliminar uma considerável falha do procedimento antigo. No período em que a CCJC atuava antes das comissões temáticas, verificou-se que a análise da constitucionalidade das proposições restava prejudicada, pois os projetos sofriam grandes modificações promovidas pelas comissões técnicas. Esse fato provocou a reformulação e o aperfeiçoamento da ordem de tramitação, haja vista que a avaliação realizada pela CCJC acontece após a atuação das comissões que examinam o mérito dos projetos".[66]

Além disso, em termos de operacionalidade, muitas matérias que eram apreciadas pela CCJ, quando pela **regra anterior** ela se manifestava antes da Comissão temática, não vinham a ser aprovadas, levando-se a um desperdício de tempo e acúmulo de atividades daquela Comissão.

Portanto, em nosso entender, muito bem-vinda a modificação regimental.

Lembramos que as comissões, em razão da matéria de sua competência, poderão, além de discutir e emitir pareceres sobre o projeto de lei, aprová-los, desde que, na forma do regimento interno da Casa, haja dispensa da competência do plenário **(delegação *interna corporis*)** e inexista, também, interposição de **recurso de 1/10 dos membros da Casa**, hipótese em que será inviável a votação do projeto de lei pela comissão temática (art. 58, § 2.º, I), sendo esta, necessariamente, transferida para o plenário da Casa.

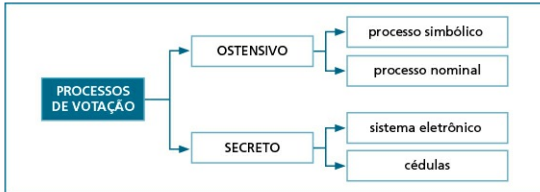
Para se ter um exemplo, o art. 24, inc. II, do *RICD*, deixa claro que **não** poderão ser objeto de aprovação nas comissões temáticas (em razão da matéria), afetando-os ao Plenário, ou seja, não poderão ser objeto de delegação *interna corporis*, os projetos:

- de lei complementar;
- de código;
- de iniciativa popular;
- de Comissão;
- relativos a matéria que não possa ser objeto de delegação, consoante o § 1.º do art. 68 da Constituição Federal;
- oriundos do Senado, ou por ele emendados, que tenham sido aprovados pelo Plenário de qualquer das Casas;
- que tenham recebido pareceres divergentes;
- em regime de urgência;

- e poderíamos acrescentar, por exemplo, as propostas de emenda à Constituição (PEC), que exigem *quorum* de 3/5 dos membros, em cada Casa e em 2 turnos (art. 60, § 2.º, CF/88).

Na hipótese de apreciação pelo Plenário, o parecer das **Comissões Temáticas** é **opinativo**, já que a matéria será ainda discutida e votada. Contudo, o parecer da *CCJ* quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria será **terminativo**, assim como o da *Comissão de Finanças e Tributação*, quando de sua manifestação sobre a adequação financeira ou orçamentária da proposição, salvo provimento de **recurso** a ser apreciado preliminarmente pelo Plenário, nos termos regimentais.

9.13.4.1.3. Processos de votação



A votação poderá ser **ostensiva**, adotando-se o *processo simbólico* ou o *nominal*, e **secreta**, por meio do *sistema eletrônico* ou de *cédulas*.

No processo **simbólico**, que será utilizado na votação das proposições em geral, os Parlamentares das respectivas Casas, para aprovar a matéria, permanecerão sentados, levantando-se apenas os que votarem pela rejeição.

Regimentalmente, se for requerida **verificação da votação**, será ela repetida pelo **processo nominal**.

Nos termos do art. 186 do *RICD*, o **processo nominal** (pelo sistema eletrônico de votos) será utilizado:

- nos casos em que seja exigido *quorum* especial de votação;
- por deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Deputado;
- quando houver pedido de verificação de votação, respeitado o que prescreve o § 4.º do artigo anterior;
- nos demais casos expressos neste Regimento.

Por sua vez, o art. 188 do *RICD* estabelece que a votação por **escrutínio secreto** far-se-á pelo sistema eletrônico, nos seguintes casos:

- deliberação, durante o estado de sítio, sobre a suspensão de imunidades de Deputado, nas condições previstas no § 8.º do art. 53 da Constituição Federal;
- por decisão do Plenário, a requerimento de um décimo dos membros da Casa ou de Líderes que representem este número, formulado antes de iniciada a Ordem do Dia;
- para eleição do Presidente e demais membros da Mesa Diretora, do Presidente e Vice-Presidentes de Comissões Permanentes e Temporárias, dos membros da Câmara que irão compor a Comissão Representativa do Congresso Nacional e dos 2 (dois) cidadãos que irão integrar o Conselho da República e nas demais eleições;
- no caso de pronunciamento sobre a perda de mandato de Deputado ou suspensão das imunidades constitucionais dos membros da Casa durante o estado de sítio.

A **votação secreta** realizar-se-á pelo sistema eletrônico, salvo nas eleições em que se implementará por meio de **cédulas**.

9.13.4.1.4. A Casa revisora

Rejeitado o projeto na **Casa Iniciadora**, será arquivado. Contudo, se **aprovado** (seja pelas Comissões Temáticas, nas hipóteses permitidas, seja pelo plenário da Casa), ele seguirá para a **Casa revisora**, passando, também, pelas Comissões, e, ao final, a Casa revisora poderá **aprová-lo, rejeitá-lo** ou **emendá-lo:**

- **aprovado** o projeto de lei pela Casa revisora, *em um só turno de discussão e votação* (regra geral para leis ordinárias e complementares), ele será enviado para a **sanção** ou **veto** do Chefe do Executivo;
- **rejeitado** o projeto de lei, ou seja, caso a Casa revisora não o aprove, ele será **arquivado**, só podendo ser reapresentado na mesma sessão legislativa (anual), mediante proposta da *maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional* (art. 67), ou, sem essa formalidade, se a reapresentação for na sessão legislativa seguinte;
- **emendado**, vale dizer, na hipótese de ter sido alterado o projeto inicial, a **emenda**, e somente o que foi modificado, deverá ser apreciada pela Casa iniciadora (art. 65, parágrafo único, CF/88), sendo vedada a apresentação de emenda à emenda **(subemenda)**.

Nessa hipótese, se a Casa iniciadora aceitar a emenda introduzida pela Casa revisora, assim seguirá o projeto para a deliberação executiva.

Contudo, se a Casa iniciadora rejeitar a emenda, o projeto, em sua redação original, que havia sido estabelecida pela Casa iniciadora, assim seguirá para a apreciação executiva.

Assim, pode-se afirmar que no processo legislativo de elaboração de leis no sistema brasileiro haverá **predominância da Casa iniciadora sobre a revisora**.

Posteriormente, havendo aprovação do projeto de lei, este será encaminhado para o **autógrafo**, ou seja, a reprodução de todo trâmite legislativo e o conteúdo final do projeto aprovado e/ou emendado, para posterior sanção ou veto presidencial, promulgação (no caso de emendas à Constituição) ou à outra Casa.

■ 9.13.4.1.5. Espécies de emendas

De acordo com o art. 118 do *RICD*, as emendas serão *supressivas*, *aglutinativas*, *substitutivas*, *modificativas* ou *aditivas*:

- ■ **supressiva:** é a que manda erradicar qualquer parte de outra proposição;
- ■ **aglutinativa:** é a que resulta da fusão de outras emendas, ou destas com o texto, por transação tendente à aproximação dos respectivos objetos;
- ■ **substitutiva:** é a apresentada como sucedânea a parte de outra proposição, denominando-se “substitutiva” quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto; considera-se formal a alteração que vise exclusivamente ao aperfeiçoamento da técnica legislativa;
- ■ **modificativa:** é a que altera a proposição sem a modificar substancialmente;
- ■ **aditiva:** é a que se acrescenta a outra proposição;
- ■ **de redação:** a modificativa que visa a sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto.

■ 9.13.4.1.6. Algumas outras regras fundamentais

- ■ **emendas a projeto de lei:** como regra geral, conforme visto, é perfeitamente possível a inclusão de emendas ao projeto de lei. No entanto, distanciando-se dessa regra, não será admitida emenda a projeto de lei que aumente a despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República (ressalvado o disposto no art. 166, §§ 3.º e 4.º) (cf. *item 9.13.3.3.9*), bem como nos projetos sobre a organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público (art. 63, I e II);
- ■ **processo legislativo sumário ou regime de urgência constitucional:** o Presidente da República, nos projetos de sua iniciativa, poderá solicitar

> **urgência** na apreciação a ser realizada pelos congressistas. Como visto, a discussão iniciar-se-á na Câmara dos Deputados (art. 64, *caput*), devendo ser apreciada em 45 dias. Seguirá, então, para o Senado Federal, que também terá o prazo de 45 dias para apreciar a matéria. Em caso de emenda pelo Senado, sua apreciação será feita no prazo de 10 dias pela Câmara dos Deputados (art. 64, §§ 1.º a 3.º), vedando-se, é claro, como já visto, qualquer subemenda. Percebe-se, então, que o **procedimento sumário** tem prazo de, no máximo, **100 dias** (45 dias em cada Casa + 10 dias em caso de emenda do Senado Federal a ser apreciada pela Câmara dos Deputados).

Lembramos que os referidos prazos **não** correm durante o período de **recesso** do Congresso Nacional (**recesso**, recorde-se, é o período fora da sessão legislativa ordinária e que vai, nos termos da nova regra trazida pela **EC n. 50/2006** — que modificou o art. 57, *caput* — de **18 a 31 de julho** e de **23 de dezembro até 1.º de fevereiro** do ano seguinte) nem se aplicam aos projetos de **código** (art. 64, § 4.º).

Outra regra importante é a prevista no art. 64, § 2.º, na redação determinada pela **EC n. 32/2001**, segundo a qual, tramitando um processo sob o **regime de urgência**, se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até **45 dias**, **sobrestar-se-ão** todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado (como exemplo, o prazo fixado para a apreciação das **medidas provisórias**, determinado na CF/88, em **60 dias**, prorrogáveis por mais **60 dias**, nos termos do art. 62, § 3.º), até que se ultime a votação.

Além dos projetos de iniciativa do Presidente da República, quando há solicitação de tramitação urgente, há, ainda, previstos na Constituição Federal, os casos de apreciação de **atos de outorga ou renovação de concessão, permissão ou autorização para serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens**, que também são projetos que tramitam sob o regime de urgência (cf. art. 223, § 1.º), seguindo os prazos do art. 64, §§ 2.º e 4.º.

Por fim, apenas esclarecemos que, além dos casos dos projetos que tramitam sob o **regime de urgência**, constitucionalmente previstos e acima comentados, há hipóteses em que, **regimentalmente**, estabelece-se a possibilidade de se requerer urgência na votação de determinadas matérias. No entanto, nessas situações, a previsão é **regimental** e **não constitucional** (cf. arts. 336 do RISF e 152 do RICD), seguindo-se as peculiaridades de cada regimento interno.

■ 9.13.4.2. Deliberação executiva — sanção e veto

Terminada a fase de discussão e votação, aprovado o projeto de lei, deverá ele ser encaminhado para a apreciação do Chefe do Executivo.

Recebendo o projeto de lei, o Presidente da República o **sancionará** ou o **vetará**.

9.13.4.2.1. Sanção

Em caso de **concordância**, de **aquiescência**, o Presidente da República **sancionará o projeto de lei**. Sanção é o mesmo que **anuência**, **aceitação**, sendo esse o momento em que o projeto de lei se transforma em lei, já que, como se verá, o que se promulga é a lei.

A **sanção** poderá ser **expressa** ou **tácita**.

Sanção expressa é quando o Chefe do Executivo deliberadamente manifesta a sua concordância. Contudo, na *sanção tácita*, recebido o projeto, se ele não se manifestar no prazo de 15 dias úteis, o seu silêncio importará sanção. É o famoso "quem cala, consente", ou seja, ficando silente, é como se o Chefe do Executivo não discordasse do projeto encaminhado pelo Legislativo.

Conforme vimos, **sanção presidencial não convalida vício formal subjetivo de iniciativa**, ou seja, em se tratando, por exemplo, de projeto cuja iniciativa seja reservada ao Presidente da República e encaminhada por um Deputado, a sanção não corrige o vício, que é insanável (cf. *item 9.13.3.3.10*).

E qual o **prazo** para o Presidente sancionar o projeto de lei?

Apesar de não haver previsão expressa, sabendo que o Chefe do Executivo tem 15 dias úteis para vetar o projeto de lei e que o seu silêncio importará sanção, temos que afirmar que o prazo para sancioná-lo será, também, de 15 dias úteis.

Cabe alertar que nem todos os projetos são sancionáveis.

Nos termos do art. 48, dispensa-se a sanção e, portanto, não há que se falar em veto, nos projetos que versam sobre as matérias estabelecidas nos arts. 49 (*competência exclusiva do Congresso Nacional*), 51 (*competência privativa da CD*), 52 (*competência privativa do SF*) e, ainda, nas propostas de emenda à Constituição (PEC).

O instituto da sanção e, portanto, o momento de deliberação executiva, deverão se implementar mesmo em caso de projeto de iniciativa do Presidente que não tenha sido alterado pelo Parlamento.

Parece razoável imaginar que também nos projetos de lei de sua iniciativa o Presidente possa, agora, em fase mais madura do procedimento, vetá-lo, devendo, assim, ser, necessariamente, aberta a fase de deliberação executiva, até porque, o art. 66, *caput*, é categórico ao afirmar que a Casa na qual tenha sido concluída a votação (*e não distingue o tipo de iniciativa*)

enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

■ 9.13.4.2.2. Regras gerais sobre o veto

Em caso de **discordância**, poderá o Presidente da República **vetar** o projeto de lei, total ou parcialmente, devendo observar as seguintes regras:

- ■ **prazo para vetar:** 15 dias úteis, contados da data do recebimento;
- ■ **tipos de veto:** total ou parcial. Ou se veta todo o projeto de lei (veto total), ou somente parte dele. O veto parcial só abrangerá **texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea**. Assim, pode-se afirmar que **não** existe **veto de palavras**, o que poderia alterar, profundamente, o sentido do texto. Na hipótese de veto parcial, haverá análise pelo Congresso Nacional apenas da parte vetada, o que significa que a parte não vetada, que será promulgada e publicada, poderá entrar em vigor em momento anterior à referida parte vetada (veto parcial), se este vier a ser derrubado;
- ■ **motivos do veto:** vetando o projeto de lei, total ou parcialmente, o Presidente da República deverá comunicar ao Presidente do Senado Federal os **motivos do veto** no prazo de **48** horas. Poderá o Presidente da República vetar o projeto de lei se entendê-lo **inconstitucional** (veto jurídico), ou **contrário ao interesse público** (veto político);
- ■ **características do veto:** o veto é sempre **expresso**, conforme visto. Assim, não existe veto tácito, devendo ser **motivado** e por **escrito**. O veto é sempre **supressivo**, não podendo adicionar. Além disso, o veto é **superável** ou **relativo**, pois poderá ser "derrubado" pelo Parlamento. Podemos afirmar, também, que o veto é **irretratável**, pois, vetando e encaminhando os motivos para o Senado Federal, o Presidente da República não poderá se retratar;
- ■ **veto sem motivação:** se o Presidente da República simplesmente vetar, sem explicar os motivos de seu ato, estaremos diante da **inexistência** do veto, portanto, o veto sem motivação expressa produzirá os mesmos efeitos da sanção (no caso tácita);
- ■ **silêncio do Presidente da República:** conforme vimos, recebido o projeto de lei e quedando-se inerte, o silêncio do Presidente importará sanção, ou seja, estaremos diante da chamada **sanção tácita**.

Sancionado o projeto de lei, passará ele para a próxima fase, da **promulgação** e **publicação**.

Existindo **veto**, este será, necessariamente, apreciado em **sessão conjunta** da Câmara e do Senado, dentro de **30 dias** a contar de seu recebimento.[67] Pelo voto da **maioria absoluta** dos Deputados e Senadores, em **escrutínio secreto**, o veto poderá ser rejeitado (afastado), produzindo os mesmos efeitos que a sanção. Sendo derrubado o veto, o projeto deverá ser

enviado ao Presidente da República para promulgação. Na hipótese de o veto ser mantido, o projeto será arquivado, aplicando-se a regra contida no art. 67, que consagra o princípio da irrepetibilidade (cf. *item 9.13.3.7.2*).

■ 9.13.4.2.3. Regras específicas sobre o veto

■ ***riders*:** a figura dos *riders* surgiu quando não havia o instituto do veto parcial. Notadamente nas **leis orçamentárias**, os parlamentares faziam inserir matérias impertinentes, muitas de interesses particulares e sem qualquer relação com as finanças. Assim, como se tinha que aprovar as leis orçamentárias, os *riders*, ou seja, essas **"caudas orçamentárias"** ou **"pingentes"** eram aprovadas, sem a possibilidade de excluí-las, já que não havia o veto parcial.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a grande *virtude* do *veto parcial* é "... permitir separar o joio do trigo, ou seja, excluir da lei o inconveniente sem fulminar todo o texto".

Contudo, continua, quando não havia veto parcial nos regimes, especialmente os presidencialistas, "... surgiu a prática condenável de os parlamentares inserirem nos projetos de orçamento **disposições parasitárias**, muitas vezes sem nenhuma relação com as finanças públicas, disposições que seriam vetadas se objeto de proposições isoladas".[68]

Portanto, o **veto parcial** surge como indispensável **técnica** para a **superação** dos inconvenientes ***riders***.

No Brasil, durante o Império, prevaleceu o entendimento de aceitação apenas do veto total e, assim, situações impertinentes de *riders* nas leis orçamentárias. Em âmbito federal, o **veto parcial** veio a ser introduzido apenas pela **EC n. 1/26**, lembrando que alguns Estados, como o da Bahia, já tinham essa previsão um pouco antes em suas Constituições estaduais.

■ ***pocket veto*:** estamos diante daquilo que a doutrina denominou **veto absoluto**. Segundo José Afonso da Silva, "sua utilização impede que se alcance a conclusão da medida proposta, como aquele dos tribunos da plebe da Roma antiga. Hoje, está em desuso, mas existe no *Conselho de Segurança da ONU* — trata-se do já referido *pocket veto* nos EUA. Vetada absolutamente a matéria, não comporta mais discussão, valendo como rejeição definitiva pelo tempo constitucionalmente estipulado. A matéria só poderá ser objeto de deliberação através de nova iniciativa, verificados os requisitos para que essa possa ocorrer".[69]

O **veto absoluto** caracterizava-se como um fortalecimento demasiado do Executivo e, assim, verdadeiro instrumento de defesa, já que, vetando o

projeto, estando o Parlamento em recesso, o projeto não seria devolvido e, assim, terminaria no "bolso" do Executivo.

Pocket, do inglês, significa "bolso". Assim, é o "veto de bolso", no sentido de não se conseguir analisá-lo (eis que ele ficaria "embolsado", por impossibilidade de análise pelo Parlamento).

O direito brasileiro **não adotou** o *pocket veto*. Conforme visto, todo veto deverá, **necessariamente**, ser analisado pelo Parlamento, inclusive com previsão do prazo de 30 dias e, esgotado sem apreciação este prazo, a sua colocação na ordem do dia da sessão imediata, sobrestando-se as demais proposições, até sua votação final (art. 66, §§ 4.º e 6.º).

Ainda, a ausência de sanção também não significará o "engavetamento" do projeto, já que, conforme vimos, o silêncio do Presidente não caducará o projeto, mas, de maneira bastante adequada, importará sanção.

■ 9.13.5. Fase complementar — promulgação e publicação

A fase final ou complementar do processo legislativo pode ser bipartida na promulgação e na publicação da lei. Vejamo-las:

■ 9.13.5.1. Promulgação

A promulgação nada mais é do que um atestado da existência válida da lei e de sua executoriedade. Apesar de ainda não estar em vigor e não ser eficaz, pelo ato da promulgação certifica-se o nascimento da lei. José Afonso da Silva aponta que "o ato de promulgação tem, assim, como conteúdo a presunção de que a lei promulgada é válida, executória e potencialmente obrigatória".[70]

Indagamos: o que se promulga, a lei ou o projeto de lei? Seguindo os ensinamentos de José Afonso da Silva, o que se promulga e publica é a **lei**, ou seja, no momento da promulgação o projeto de lei já se transformou em lei. Apesar de alguns entendimentos em contrário, para as provas objetivas dos concursos, adotar o posicionamento de que o projeto de lei vira lei com a **sanção** presidencial ou com a **derrubada do veto** pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, nos termos do art. 66, § 4.º.

Tanto é que o art. 66, § 7.º, fala, expressamente, em **promulgação** da **lei** e não do projeto de lei.

Como regra geral, então, a lei deverá ser promulgada pelo Presidente da República. Se no prazo de 48 horas não houver promulgação, nas hipóteses do art. 66, §§ 3.º (sanção tácita) e 5.º (derrubada do veto pelo Congresso), a lei será promulgada pelo Presidente do Senado Federal e, se este não o fizer em igual prazo, pelo Vice-Presidente do Senado Federal.

■ 9.13.5.2. Publicação

Promulgada a lei, ela deverá ser publicada, ato pelo qual se levará ao conhecimento de todos o conteúdo da inovação legislativa.

Com a publicação, tem-se o estabelecimento do momento em que o cumprimento da lei deverá ser exigido.

Como regra geral, a lei começa a vigorar em todo o País **45 dias** depois de oficialmente publicada (art. 1.º, *caput,* da *LINDB — Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*[71]). Havendo disposição expressa em contrário, prevalecerá sobre a regra geral (ex.: "Esta lei entra em vigor na data de sua publicação").

Nos **Estados estrangeiros**, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, inicia-se **3 meses** depois de oficialmente publicada.

Algumas exceções à regra geral também foram previstas na Constituição nos arts. 150, III, "b", e 195, § 6.º.

O período que vai da publicação da lei à sua vigência chama-se ***vacatio legis***.

Finalmente, grande importância deve ser atribuída ao ato da publicação, no sentido de que ninguém poderá escusar-se de cumprir a lei alegando o seu desconhecimento. A publicação enseja, portanto, a presunção de conhecimento da lei por todos (art. 3.º da LINDB).

■ 9.14. ESPÉCIES NORMATIVAS

Como pudemos perceber no início deste capítulo, o processo legislativo compreenderá a elaboração das seguintes espécies normativas: **emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções**.

Importante notar a inexistência de hierarquia entre as espécies normativas, com exceção das emendas constitucionais, que têm a capacidade de produzir normas de caráter constitucional, como veremos.

Nesse sentido é que cada espécie normativa atuará dentro de sua parcela de competência. Por exemplo, se houver atuação de lei ordinária em campo reservado à lei complementar, estaremos diante de invasão de competência, surgindo, então, um vício formal, caracterizador da inconstitucionalidade.

Apesar disso, o Professor Michel Temer adverte que existe, de fato, um **escalonamento de normas**, chegando a surgir, em determinadas situações, uma verdadeira relação hierárquica. Isso não se observa em relação às espécies normativas apontadas, mas pode ser verificado nos exemplos pelo autor lembrado: "A lei se submete à Constituição, o regulamento se submete à lei, a instrução do Ministro se submete ao decreto, a resolução do Secretário de Estado se submete ao decreto do Governador, a portaria do chefe de seção

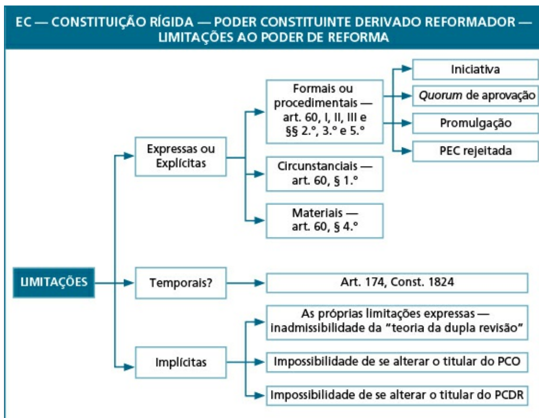
se submete à resolução secretarial”.[72]

Vejamos cada uma das espécies normativas apontadas no art. 59 da CF/88.

■ 9.14.1. Emenda Constitucional

Quando estudamos a teoria do **poder constituinte**, verificamos que as **emendas constitucionais** são fruto do trabalho do *poder constituinte derivado reformador*, por meio do qual se altera o trabalho do poder constituinte originário, pelo acréscimo, modificação ou supressão de normas.

Ao contrário do constituinte originário, que é juridicamente ilimitado, o poder constituinte derivado é condicionado, submetendo-se a algumas limitações, expressamente previstas, ou decorrentes do sistema. Trata-se das limitações **expressas** ou **explícitas** (*formais* ou *procedimentais, circunstanciais* e *materiais*) e das **implícitas**.



Assim, o “produto” da PEC, qual seja, a matéria introduzida, se houver perfeita adequação aos limites indicados, incorporar-se-á ao texto originário, tendo, portanto, *força normativa de Constituição*.

O veículo, contudo, a PEC aprovada, o instrumento para essa modificação, que se concretiza em uma *emenda à Constituição*, analisada sob o aspecto formal, poderá ser confrontada perante a CF/88.

■ 9.14.1.1. Limitações formais ou procedimentais (art. 60, I, II, III, e §§ 2.º, 3.º e 5.º)

- ■ **Iniciativa (art. 60, I, II e III):** trata-se de **iniciativa privativa** e **concorrente** para alteração da Constituição. Havendo proposta de emenda por qualquer pessoa diversa daquelas taxativamente enumeradas, estaremos diante de vício formal subjetivo, caracterizador da inconstitucionalidade. Nesse sentido é que a CF só poderá ser emendada mediante proposta:
  - de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
  - do Presidente da República;
  - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela **maioria relativa** de seus membros.
- ■ ***Quorum* de aprovação (art. 60, § 2.º):** a proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em **2 turnos**, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, **3/5** dos votos dos respectivos membros. Diferente é o processo legislativo de formação da lei complementar e da lei ordinária, que deverá ser discutido e votado em um único turno de votação (art. 65, *caput*), tendo por *quorum* a maioria absoluta (art. 69) e a maioria relativa (art. 47), respectivamente.

No tocante ao processo legislativo, interessante notar que o texto aprovado por uma Casa não pode ser modificado pela outra sem que a matéria volte para a apreciação da Casa iniciadora. O CN tem utilizado a técnica da PEC Paralela, ou seja, a parte que não foi modificada é promulgada e a parte da PEC modificada volta para reanálise, e como se fosse uma nova EC, para a Casa iniciadora. A não observância desse requisito formal caracterizará o vício de inconstitucionalidade. Para se ter um importante exemplo, destacamos o art. 39, *caput*, declarado inconstitucional (com efeito *ex nunc*) em sede de liminar pelo STF:

> "Em conclusão de julgamento, o Tribunal deferiu parcialmente medida liminar em ação direta ajuizada (...) para suspender a vigência do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 19/98 (...), mantida sua redação original, que dispõe sobre a instituição do **regime jurídico único dos servidores públicos** — v. *Informativos* 243, 249, 274 e 420. Entendeu-se caracterizada a aparente

violação ao § 2.º do art. 60 da CF (...), uma vez que o Plenário da Câmara dos Deputados mantivera, em primeiro turno, a redação original do *caput* do art. 39, e a comissão especial, incumbida de dar nova redação à proposta de emenda constitucional, suprimira o dispositivo, colocando, em seu lugar, a norma relativa ao § 2.º, que havia sido aprovada em primeiro turno. Esclareceu-se que a decisão terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Nelson Jobim, que indeferiam a liminar...” (ADI 2.135-MC, Rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, j. 02.08.2007, *Inf. 474/STF* — **Matéria pendente de apreciação**).

- **Promulgação (art. 60, § 3.º):** outra imposição formal é que a promulgação da emenda seja realizada pelas **Mesas da Câmara dos Deputados** e do **Senado Federal**, com o seu respectivo **número de ordem**. O número de ordem nada mais é do que o numeral indicativo da quantidade de vezes que a Constituição foi alterada (pelo poder constituinte derivado) desde a sua promulgação. Lembramos que, iniciado o processo de alteração do texto constitucional através de emenda, discutido, votado e aprovado, em cada Casa, em **2** turnos de votação, o projeto será encaminhado diretamente para promulgação, **inexistindo sanção ou veto presidencial**. Após promulgada, o Congresso Nacional publica a emenda constitucional.
- **Proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada (art. 60, § 5.º):** a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova apresentação na mesma sessão legislativa. Trata-se de regra diferente da prevista para as leis complementares e ordinárias, em relação às quais é permitido o oferecimento de novo projeto de lei (quando rejeitado) na mesma sessão legislativa, mediante proposta da **maioria absoluta** dos membros de qualquer das Casas do Congresso (art. 67).

9.14.1.2. Limitações circunstanciais (art. 60, § 1.º)

Em determinadas circunstâncias, o constituinte originário vedou a alteração do texto original, em decorrência da gravidade e anormalidade institucionais. Nesses termos, a CF não poderá ser emendada na vigência de:

- intervenção federal;
- estado de defesa;
- estado de sítio.

9.14.1.3. Limitações materiais (art. 60, § 4.º)

O poder constituinte originário também estabeleceu algumas vedações materiais, ou seja, definiu um núcleo *intangível*, comumente chamado pela doutrina de **cláusulas pétreas**. Nesse sentido (e inovando o disposto no art. 50, § 1.º, da Constituição de 1967, que previa como “cláusulas pétreas” apenas a

Federação e a *República*), não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- a forma federativa de Estado;
- o voto direto, secreto, universal e periódico;
- a separação dos Poderes;
- os direitos e garantias individuais.

A) Reforma da Previdência

Nesse sentido, a **Reforma da Previdência** (EC n. 41/2003) foi amplamente discutida, em especial, dentre vários pontos, a mudança nas regras de transição para a aposentadoria (discutida na ADI 3.104, proposta pela CONAMP) e a taxação dos inativos e pensionistas (discutida na ADI 3.105, proposta pela CONAMP, e na ADI 3.099, proposta pelo PDT).

De acordo com o relatado em *Notícias STF* **(02.01.2004)**, "na ADI 3.104, a Conamp diz que na reforma da previdência aprovada em 1998 foram criadas **regras de transição** que passaram a constituir **direito adquirido** e, por isso, não podem ser alteradas. A entidade explica, na ação, que a reforma de 1998 não estabeleceu regime jurídico objetivo aplicável a todos os servidores públicos, mas assegurou direito subjetivo já incorporado ao patrimônio jurídico de determinada classe de servidores públicos. Assim, assegura, a EC 41/03 'não poderia, como fez, retroagir para alterar-lhe o conteúdo, de modo a prejudicar aquele direito adquirido e impor situação jurídica mais gravosa aos seus titulares'. A nova emenda estabeleceu um redutor de até 5% no valor do benefício por ano de antecipação para quem se aposentar antes da idade mínima de 60 anos para homem e 55 anos para mulher. Na ação contra a taxação dos inativos e pensionistas (ADI n. 3.105), a Conamp diz que os servidores aposentados têm garantido o direito de não pagar contribuição. Afirma, ainda, que esse direito foi garantido na reforma de 1998 que instituiu o caráter contributivo no regime previdenciário".

Como é do conhecimento de todos, já houve, pelo STF, apreciação dos pontos controvertidos da *Reforma da Previdência*.

Conforme noticiado, "por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas instituída no artigo 4.º da Emenda Constitucional (EC) 41/2003. Votaram pela cobrança os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Já a Ministra relatora Ellen Gracie e os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram contra a cobrança. Os ministros que decidiram pela constitucionalidade da cobrança seguiram o voto do Ministro Cezar Peluso, que fez ressalva quanto à instituição de alíquotas diferentes (incisos I e II do

parágrafo único do artigo 4.º da EC 41/2003) para a contribuição de servidores dos Estados, Municípios e Distrito Federal (50%) e de servidores da União (60%). Para ele, o tratamento diferenciado é inconstitucional por ferir o princípio da igualdade. O resultado prático da decisão do Supremo é que, para todos os inativos e pensionistas, sejam eles federais ou estaduais, a contribuição previdenciária deve incidir somente sobre a parcela dos proventos e pensões que exceder o teto estabelecido no artigo 5.º da EC 41/2003. O dispositivo fixa em R$ 2.400 o teto para incidência da contribuição, devendo esse valor ser atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social...".

E mais, "ao votar pela constitucionalidade da contribuição, Peluso argumentou que o sistema previdenciário vigente no País não é regido por normas de Direito privado, mas sim pelo Direito público. 'O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos de aposentadoria durante a velhice, e, conforme o artigo 195 da Constituição, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se de 'princípio estrutural da solidariedade', afirmou o Ministro"' (*Notícias STF*, 18.08.2004 — 21h57. Cf., também, *Inf. 357/STF*. A íntegra do voto do Ministro Peluso pode ser encontrada no *site* do STF, *Notícias,* 24.08.2004 — 16h00: <www.stf.gov.br/noticias/imprensa/VotoPelusoInativos.pdf>).

B) Atribuição de competência estadual para legislar sobre direito penal

Nos termos do art. 22, I, compete privativamente à União legislar sobre **direito penal**. Portanto, eventual lei estadual, distrital ou municipal nesse sentido seria inconstitucional (vício formal).

A única maneira que existe atualmente nos termos da Constituição é se a União, por meio de **lei complementar**, autorizar os Estados a legislarem sobre direito penal. Contudo, na hipótese, a autorização deverá restringir-se a **questões específicas** (art. 22, parágrafo único).

Então surge a questão: EC que transfira a competência da União para os Estados para legislar sobre direito penal viola cláusula pétrea? O tema ainda não foi discutido pelo STF, mas entendemos que seria perfeitamente possível. Em relação à forma federativa, a nosso ver, não tenderia a abolir, mas a fortalecer, já que aumentaria a competência estadual.

C) Redução da maioridade penal de 18 para 16 anos (art. 228 CF/88)

Esse tema foi enfrentado neste estudo no item 19.9.15 e concluímos ser perfeitamente **possível** a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, já que o texto apenas não admite a proposta de emenda (PEC) que tenda a abolir o *direito e garantia individual*. Isso não significa, como já interpretou o

STF, que a matéria não possa ser modificada. O que não se admite é reforma que tenda a abolir, repita-se, dentro de um parâmetro de razoabilidade.

Reduzindo de 18 para 16 anos o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, ele não deixará de existir, e eventual modificação encontrará, inclusive, coerência com a responsabilidade política de poder exercer a capacidade eleitoral ativa (direito de eleger) a partir dos 16 anos.

■ 9.14.1.4. Limitações temporais?

As **limitações temporais**, na história constitucional brasileira, foram previstas apenas na Constituição do Império, de 1824, **não se verificando nas que se seguiram**. Trata-se de previsão de prazo durante o qual fica **vedada** qualquer alteração da Constituição. O exemplo único é o art. 174 da citada Constituição Política do Império, que permitia a reforma da Constituição somente após 4 anos de sua vigência.

Assim, **não** há **limitação expressa temporal** prevista na CF/88. Convém lembrar que a regra do art. 3.º do ADCT (poder constituinte derivado revisor), que determinou a revisão constitucional após 5 anos contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, **não configurou qualquer limitação temporal ao poder de reforma**, mas apenas a **previsão de prazo para a malfeita revisão constitucional já esgotada**. Durante esse período de pelo menos 5 anos, como se sabe, a Constituição, observados os limites já expostos, poderia, como foi (*vide* **ECs ns. 1 a 4**), ser reformada por emendas constitucionais, através da manifestação do poder constituinte derivado reformador.

■ 9.14.1.5. Limitações implícitas

Até agora, estudamos as limitações expressas, explicitamente estabelecidas pelo constituinte originário de 1988.

Indagamos, aprofundando a discussão: seria possível, por exemplo, através de emenda constitucional, revogar expressamente o art. 60, § 4.º, I, e, em um segundo momento, dizer que a *forma de Estado* não é mais a **federação**, passando o Brasil a se constituir em um **Estado unitário**? Trata-se da teoria da **dupla revisão**, defendida por *Jorge Miranda*, segundo a qual em um primeiro momento se revoga uma cláusula pétrea, para, em seguida, modificar aquilo que a cláusula pétrea protegia.[73]

Apesar de o entendimento exposto ser defendido por renomados juristas estrangeiros e pátrios, como o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,[74] orientamos para as provas de concursos públicos o posicionamento

adotado pela grande maioria dos doutrinadores nacionais, estabelecendo a total **impossibilidade** da teoria da **dupla revisão**, na medida em que existem **limitações implícitas**, decorrentes do sistema, conforme expõe Michel Temer: "as *implícitas* são as que dizem respeito à forma de criação de norma constitucional bem como as que impedem a pura e simples supressão dos dispositivos atinentes à intocabilidade dos temas já elencados (art. 60, § 4.º, da CF)".[75]

Portanto, as **limitações expressas** já apontadas caracterizam-se como a primeira **limitação implícita** ou **inerente**.

Outras duas limitações implícitas apontadas pela doutrina são a **impossibilidade de se alterar tanto o titular do poder constituinte originário** como o **titular do poder constituinte derivado reformador**.

■ 9.14.1.6. Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e a sua equivalência com as emendas constitucionais — EC n. 45/2004

Nos termos do § 3.º do art. 5.º, introduzido pela **EC n. 45/2004**, e esse tema será aprofundado no *item 9.14.5.2.2*, os tratados e convenções internacionais sobre **direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às **emendas constitucionais**.

Como exemplo, destacamos o **Decreto Legislativo n. 186, de 09.07.2008**, que aprova o texto da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* e de seu *Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgada pelo **Decreto n. 6.949, de 25.08.2009**, tendo sido, assim, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de norma constitucional.

■ 9.14.2. Lei complementar e lei ordinária

■ 9.14.2.1. Semelhanças

O processo legislativo de constituição das leis complementares e ordinárias foi exaustivamente tratado quando expusemos a teoria do processo legislativo, constituindo-se, basicamente, em três fases distintas, a saber: **fase de iniciativa** (deflagra-se o processo legislativo); **fase constitutiva** (em que ocorre a *deliberação parlamentar*, pela discussão e votação, bem como a *deliberação executiva*, manifestando-se o Chefe do Executivo pela sanção ou veto) e a **fase complementar** (promulgação e publicação). Como regra geral, por meio das leis editar-se-ão normas gerais e abstratas, regulamentando as normas constitucionais.

9.14.2.2. Diferenças

Existem duas grandes diferenças entre a lei complementar e a ordinária, uma do ponto de vista material e outra do ponto de vista formal.

9.14.2.2.1. Aspecto material

As hipóteses de regulamentação da Constituição por meio de **lei complementar** estão **taxativamente** previstas no Texto Maior. Sempre que o constituinte originário (ou até mesmo o derivado reformador, conforme previsto, por exemplo, nos arts. 146-A e 202, assim como poderia ter sido trazido pelo derivado revisor) quiser que determinada matéria seja regulamentada por lei complementar, expressamente, assim o requererá.

As hipóteses que serão regulamentadas por lei complementar foram **predeterminadas**, conforme se observa pelo quadro comparativo no final deste capítulo, onde reunimos todas as hipóteses previstas na CF/88. Desde já, como exemplos, citamos os arts. 7.º, I; 14, § 9.º; 18, §§ 2.º, 3.º e 4.º; 21, IV; 22, parágrafo único; 23, parágrafo único; 25, § 3.º...

Em relação às **leis ordinárias**, o campo material por elas ocupado é **residual**, ou seja, tudo o que não for regulamentado por lei complementar, decreto legislativo (art. 49, que trata das matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional) e resoluções (arts. 51 e 52, matérias de competência privativa, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal).

9.14.2.2.2. Aspecto formal

No tocante ao **aspecto formal**, a grande diferença entre lei complementar e lei ordinária está no ***quorum* de aprovação** do respectivo projeto de lei. Enquanto a **lei complementar** é aprovada pelo *quorum* de **maioria absoluta**, as **leis ordinárias** o serão pelo *quorum* **de maioria simples** ou **relativa**.[76] Então vejamos:

LEI COMPLEMENTAR	→	MA ABS (a

LEI ORDINÁRIA		MA SIM REL (a

Resta saber qual a diferença entre maioria absoluta e maioria simples. Nos dois casos, busca-se a *maioria*, só que, para o *quorum* de **maioria absoluta**, a *maioria* será dos **componentes**, do total de membros integrantes da Casa (sempre um número fixo), enquanto para a **maioria simples** a *maioria* será dos presentes à reunião ou sessão que, naquele dia de votação, compareceram.

Valendo-nos do direito tributário para melhor explicar, fazemos uma analogia: a "*alíquota*" (maioria) será sempre a mesma. O que muda é a "*base de cálculo*", ou seja: a) **maioria absoluta:** busca-se saber a **maioria** (*alíquota*) dos **componentes** (*base de cálculo*); b) **maioria simples:** busca-se saber a **maioria** (*alíquota*) dos **presentes** (*base de cálculo*).

E como achar a maioria, a "alíquota"? A maioria será sempre metade mais um para números pares e o primeiro número inteiro superior à metade para números ímpares.[77] Vejamos alguns exemplos:

- 100 → 51 (100 ÷ 2 = 50 → 50 + 1 = 51);
- 51 → 26 (51 ÷ 2 = 25, 5 → o primeiro número inteiro superior à metade = 26);
- 50 → 26 (também 26, pois: 50 ÷ 2 = 25 → 25 + 1 = 26);
- 81 → 41 (81 ÷ 2 = 40, 5 → o primeiro número inteiro superior à metade = 41 → obs.: 81 é o número de Senadores da República);[78]
- 513 → 257 (513 ÷ 2 = 256, 5 → o primeiro número inteiro superior à metade = 257 → obs.: 513 é o número de Deputados Federais, de acordo com o art. 1.º da Lei Complementar n. 78, de 30.12.1993).

Para finalizar devemos lembrar uma pequena regra prevista no art. 47, que diz: "salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por **maioria** dos votos, presente

a **maioria absoluta de seus membros**”. Trata-se do *quorum* para a aprovação da **lei ordinária**, qual seja, o da **maioria simples**. No entanto, deverá estar presente na sessão de votação, pelo menos, a **maioria absoluta** dos membros. Trata-se do *quorum* de **instalação da sessão de votação**. Presente o *quorum* de instalação da sessão (que é de maioria absoluta), aí sim poder-se-á realizar a votação, que se dará pelo *quorum* da maioria simples, vale dizer, dos presentes àquela sessão.

Vejamos: imaginem que em determinada Casa existam 100 Deputados (número dos componentes). Deve-se votar um projeto de lei ordinária, cujo *quorum* é o da maioria simples. Assim, para começar a votação, de acordo com o art. 47, deve estar presente, pelo menos, a maioria absoluta dos membros (*quorum* de instalação da sessão). A votação só começa se estiverem presentes, no exemplo criado, 51 Deputados. Imaginem que naquele dia compareceram 60. Podemos iniciar a votação? Sim, já que presente a maioria absoluta dos membros (pelo menos 51). Qual será o *quorum* de aprovação se comparecerem 60 àquela sessão? Ter-se-á aprovação se pelo menos 31 disserem sim!

Então, podemos afirmar que o *quorum* de **votação** (ou, melhor dizendo, de **instalação da sessão de votação**) é o **mesmo** tanto para a **lei ordinária** como para a **lei complementar**. A grande diferença (além do aspecto material já estudado), analisando o aspecto **formal**, reside no *quorum* de **aprovação:** *a*) lei ordinária — **maioria simples** (no exemplo 31); *b*) lei complementar — **maioria absoluta** (no exemplo 51). Vejamos o quadro analisando um parlamento hipotético com **100 componentes**, para aprovação de lei ordinária e complementar, sendo que naquele dia compareceram 60 pessoas:

PARLAMENTO HIPOTÉTICO (100 componentes. Naquele dia compareceram 60 dos 100)

LEI ORDINÁRIA	LEI COMPLEMENTA
■ *Quorum* de instalação da sessão de **votação** — pelo menos **51 (maioria absoluta)**. Como vieram, na hipótese, 60,	■ *Quorum* de instalação da sessão de **votação** — pelo menos **51 (maioria absoluta)**. Com vieram, na hipótese, 60, podemos começar a vota

podemos começar a votar	
■ *Quorum* de **aprovação — 31 (maioria simples)**. Maioria dos presentes (60)	■ *Quorum* de **aprovação — 5 (maioria absoluta)**. Maioria dos componentes (100)

Conforme observou José Afonso da Silva, “a maioria simples pressupõe deliberação única, a prática de um ato simples de homologação, de aprovação, de referendo, de escolha, de sorte que valem os votos positivos ou negativos, não se levando em consideração os votos brancos e as abstenções, nem os votos nulos”.[79]

■ 9.14.2.3. Existe hierarquia entre lei complementar e lei ordinária?

Essa matéria é muito discutida na doutrina, e há opiniões contrárias e

fortes argumentos nos dois sentidos[80]. Valendo-nos de interessante compilação realizada por Alexandre de Moraes[81] concernente aos juristas que entendem haver hierarquia da lei complementar sobre a lei ordinária (e o próprio autor se enquadra nesse grupo), podemos lembrar nomes como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Haroldo Valadão, Pontes de Miranda, Wilson Accioli, Nelson Sampaio, Geraldo Ataliba, dentre outros. A lei complementar apresenta-se como um *tertium genus*, localizada entre a Constituição e a lei ordinária. A hierarquia se dá em decorrência do *quorum* mais qualificado e das hipóteses taxativas de previsão da lei complementar.

Por outro lado, o autor lembra nomes como Celso Bastos, Michel Temer, ao qual acrescentamos Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior, Leda Pereira Mota, Celso Spitzcovsky, dentre outros, no sentido de inexistir hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, na medida em que ambas encontram o seu **fundamento de validade** na Constituição, existindo, conforme observou Temer, "âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas".[82]

Posicionamo-nos também pela **inexistência de hierarquia entre as duas espécies normativas**, pois admitir isso seria o mesmo que entender que uma lei municipal é hierarquicamente inferior a uma lei federal. Tem-se, na verdade, âmbitos diferenciados de atuação, atribuições diversas, de acordo com as regras definidas na Constituição.

Nessa linha da inexistência de hierarquia entre LC e LO, a EC n. 45/2004, modificando a competência do STF e do STJ, estabeleceu, como nova hipótese de cabimento de *recurso extraordinário*, quando a decisão recorrida "julgar válida lei **local** contestada em face de lei **federal**". No fundo, conforme se percebe, também aqui, o problema é de competência constitucional, e não de hierarquia de normas.

A tendência da jurisprudência do STF era nesse sentido **(inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária)**, destacando-se vários **precedentes**: RE 457.884-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.02.2006, *DJ* de 17.03.2006; RE 419.629, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.05.2006, *DJ* de 30.06.2006; AI 637.299-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.09.2007, *DJ* de 05.10.2007. Cf., também, *Inf. 459/STF*.

Finalmente, o **STF** se posicionou no sentido da **inexistência de hierarquia** entre lei complementar e lei ordinária, conforme estudaremos no *item 19.2.5.1*, remetendo o nosso ilustre leitor para o aprofundamento (cf. RE 419.629, 377.457 e 381.964).

9.14.3. Lei delegada

A lei delegada caracteriza-se como exceção ao **princípio da indelegabilidade de atribuições**, na medida em que a sua elaboração é antecedida de delegação de atribuição do Poder Legislativo ao Executivo, através da chamada delegação *externa corporis*.

Conforme vimos, o Legislativo pode delegar o poder de elaborar as regras tanto internamente, qual seja, para as **Comissões temáticas**, nos termos regimentais e se não houver recurso para o Plenário (art. 58, § 2.º, I), e esta é a denominada **delegação *interna corporis***, como também externamente, para outro Poder, e essa será a **delegação *externa corporis***, tendo-se como bom exemplo a **lei delegada**.

A espécie normativa em análise será elaborada pelo **Presidente da República**, após prévia solicitação ao Congresso Nacional, delimitando o assunto sobre o qual pretende legislar. Trata-se da primeira fase do processo legislativo de elaboração da lei delegada, denominada **iniciativa solicitadora**.

A solicitação será submetida à apreciação do Congresso Nacional, que, no caso de aprovação, tomará a forma de **resolução** (art. 68, § 2.º), especificando o conteúdo da delegação e os termos de seu exercício.

Lembramos que determinadas matérias não poderão ser delegadas (princípio da indelegabilidade de atribuições). A Constituição, conforme estabelece o art. 68, § 1.º, veda a delegação:

- de atos da **competência exclusiva** do Congresso Nacional (art. 49);
- dos de **competência privativa** da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (arts. 51 e 52);
- das matérias reservadas à **lei complementar** (ver quadro comparativo no final deste capítulo);
- de **legislação sobre:** I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, carreira e garantia de seus membros; II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Havendo exorbitância nos limites da delegação legislativa (ou seja, caso o Presidente da República elabore a lei delegada além do limite fixado na resolução congressual), caberá ao Congresso Nacional sustar o aludido ato normativo, por meio de **decreto legislativo**, realizando, desta feita, controle repressivo de constitucionalidade (art. 49, V).

Por meio da resolução, que especificará o conteúdo e os termos de seu exercício, o Congresso Nacional determinará se haverá ou não a apreciação do projeto de lei delegada (elaborada pelo Presidente da República) pelo Congresso Nacional. Havendo apreciação, o Congresso Nacional a fará em

votação única, sendo vedada qualquer emenda (art. 68, § 3.º).

Podemos, então, reconhecer tanto a *delegação típica* como a *delegação atípica*:

- **delegação típica:** não haverá apreciação pelo Congresso Nacional. Este autoriza a delegação ao Presidente da República, que irá elaborar, promulgar e fazer publicar a lei delegada;
- **delegação atípica:** nessa hipótese, haverá apreciação pelo Congresso Nacional, em votação única e vedada qualquer emenda. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nesse caso, temos uma "inversão do processo de elaboração de leis ordinárias", chegando a afirmar que o Congresso Nacional "sancionará" o projeto elaborado pelo Chefe do Executivo.[83]

Concordamos com esta observação já que, na *delegação atípica*, o Presidente é quem elaborará o ato normativo, cabendo ao Congresso Nacional, em análise posterior, aceitá-lo (e, nesse caso, seria a aquiescência política, aproximando-se da ideia de "sanção") ou rejeitá-lo (o que corresponderia ao "veto"), mas, claro, com todas as particularidades da tramitação do projeto de lei delegada.

Nos dois casos (havendo ou não apreciação do projeto pelo Congresso), entendemos **dispensáveis** a sanção e o veto presidenciais, pois seria ilógico o veto de projeto elaborado pelo próprio Presidente se não vai haver eventual alteração na redação original, já que é "vedada qualquer emenda".

Elaborada a lei delegada (aprovada, quando solicitada na resolução a apreciação parlamentar, art. 68, § 3.º), o Presidente da República a promulgará, determinando a sua publicação no órgão oficial.

Importante lembrar que, mediante resolução, transfere-se apenas, e **temporariamente**, competência para legislar sobre determinadas matérias, **permanecendo** a **titularidade** da aludida competência com o **Legislativo**, que poderá, mesmo tendo havido delegação ao Presidente, legislar sobre a mesma matéria.

Entendemos, também, que, muito embora tenha havido delegação legislativa pelo CN ao Presidente da República, este não estará obrigado a efetivar a elaboração do referido ato normativo, tendo total discricionariedade.

Por fim, constata-se a pouca utilização do instituto da lei delegada pelo Presidente da República,[84] tendo em vista tanto o seu poder de iniciativa como, principalmente em termos de "agilidade" e efetividade normativa, a previsão da **medida provisória**. É o nosso próximo item de estudo.

9.14.4. Medida provisória

9.14.4.1. Aspectos iniciais

A medida provisória, prevista no art. 62 da atual Constituição, substituiu o antigo **decreto-lei**[85] (arts. 74, "b", c/c os arts. 12 e 13 da Constituição de 1937; arts. 49, V, e 58 da Constituição de 1967 e arts. 46, V, e 55 da Constituição de 1967, na redação dada pela EC n. 1/69), recebendo forte influência dos *decreti-legge* da Constituição italiana, de 27 de dezembro de 1947, cujo art. 77 permite a sua adoção *in casi straordinari di necessità e d'urgenza*.

No entanto, o modelo italiano é bem diverso do brasileiro, já que na Itália o sistema de governo é o **parlamentar** e o art. 77 da citada Constituição estabelece que o "Governo" (Gabinete, por intermédio do Primeiro-Ministro) adotará o "provimento provisório com força de lei" *sob* sua **responsabilidade política**.

Eis a grande peculiaridade do sistema italiano, muito bem percebida por Michel Temer, que indaga: o que acontece se a medida provisória não for aprovada pelo Parlamento italiano? "O Gabinete (Governo) cai", explica o ilustre professor, diferente da nossa Constituição, que "... **não** prevê a **responsabilidade política** do Presidente da República no caso de não aprovação da *medida provisória*".[86] Nesse sentido, inquestionável a sua melhor adequação ao sistema de governo parlamentar.[87]

A medida provisória é adotada pelo Presidente da República, por ato **monocrático**, **unipessoal**, sem a participação do Legislativo, chamado a discuti-la somente em momento posterior, quando já adotada pelo Executivo, com força de lei e produzindo os seus efeitos jurídicos.[88]

Assim, observa-se, nessa primeira abordagem, que a medida provisória foi estabelecida pela CF/88 com a esperança de corrigir as distorções verificadas no regime militar, que abusava de sua função atípica legiferante por intermédio do decreto-lei.

A experiência brasileira mostrou, porém, a triste alteração do verdadeiro sentido de utilização das medidas provisórias, trazendo insegurança jurídica, verdadeira "ditadura do executivo", governando por inescrupulosas "penadas", em situações muitas das vezes pouco urgentes e nada relevantes.[89]

Nesse sentido, cabe apontar que, quando da aprovação da **EC n. 32/2001**, que será comentada a seguir, no período entre 05.10.1988 e 20.09.2001, já havia sido editado e reeditado o assustador número de **6.130** medidas provisórias, chegando algumas delas a levar quase **sete anos** sem aprovação (como exemplo, lembramos a **MP n. 2.096/89**, dispondo sobre os títulos da

dívida pública, de responsabilidade do Tesouro Nacional, convertida na Lei n. 10.179, de 06.02.2001, tendo por MP originária a de n. 470, de 11.04.1994, que tramitou por longos **2.493 dias**).

Interessante levantamento realizado pelo Senador Romero Jucá relata que, "na questão do rito e na questão da média de dias para a aprovação das medidas provisórias, verificamos que, em 1988, gastavam-se, em média, 38,9 dias para aprovar uma medida provisória. Esse número foi crescendo ao longo dos anos, chegando, em 1998, a 507 dias de tramitação; em 1999, a 438; e, em 2000, a 472 dias".[90]

Assim, até o advento da **EC n. 32/2001**, constatava-se a total desvirtuação do instituto da medida provisória, admitindo-se, com o consentimento do STF e do próprio Congresso Nacional, a **reedição das medidas provisórias**, mantendo-se os efeitos de lei a partir da primeira edição, desde que **não** houvesse expressa rejeição pelo Congresso Nacional e fosse dentro do seu antigo prazo de eficácia de 30 dias (**S. 651/STF**[91]). Tratava-se de entendimento totalmente contrário ao preceituado no art. 62 da CF/88, por nós refutado na 2.ª edição deste trabalho, acompanhando diversos doutrinadores de renome, porém indicado a ser observado nos concursos públicos em razão do posicionamento do STF.[92]

Nesse contexto é que, após a sua tramitação por mais de seis longos anos, em **05.09.2001**, foi votada e aprovada, em segundo turno, a **PEC n. 1-B, de 1995** (n. 472/97, na Câmara dos Deputados), com parecer favorável, sob n. 729/01, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (*DSF* de 09.08.2001, fls. 15939-40), tendo sido promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, **em 11.09.2001, a EC n. 32/2001**, trazendo limites à edição das medidas provisórias e entrando em vigor na data de sua publicação, qual seja, em **12.09.2001**.

■ 9.14.4.2. O processo de criação das medidas provisórias de acordo com a EC n. 32/2001

Nos termos do art. 62, *caput*, da CF/88, em caso de **relevância e urgência**, o **Presidente da República** poderá adotar medidas provisórias com **força de lei**, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Assim, a MP individualiza-se por nascer apenas pela manifestação exclusiva do Chefe do Executivo, que a publica no *DOU*. Vejamos, então, com atenção, o processo de criação da MP, esquematizando a matéria de acordo com as novas regras fixadas na **EC n. 32/2001:**

- ■ **legitimado para a edição da MP:** o Presidente da República (competência **exclusiva**, marcada por sua **indelegabilidade**, art. 84, XXVI, da CF);[93]
- ■ **pressupostos constitucionais:** relevância **e** urgência. Os requisitos conjugam-se;[94]
- ■ **prazo de duração da MP:** pela nova regra, uma vez adotada a MP pelo **Presidente da República**, ela vigorará pelo prazo de **60 dias**, prorrogável, de acordo com o art. 62, § 7.º, uma vez por igual período (novos 60 dias), contados de sua **publicação** no *Diário Oficial*. Nos termos do art. 62, § 4.º, contudo, referido **prazo** será **suspenso** durante os períodos de **recesso parlamentar**. Para exemplificar, imagine-se que determinada MP tenha sido publicada em 5 de julho de determinado ano. Nessa hipótese, ela produzirá efeitos até 17 de julho, já que, pela nova regra fixada pela **EC n. 50/2006** — que modificou a redação do art. 57, *caput* — em **18 de julho**, inaugura-se o primeiro **recesso parlamentar** (art. 57, *caput*). Suspenso o prazo durante o aludido período de recesso (de 18 a 31 de julho), voltará ele a fluir após o término do recesso parlamentar, qual seja, no exemplo dado, em 1.º de agosto, pelo prazo **restante** (já que se trata de suspensão e não de interrupção de prazo).

  Significa um retrocesso, já que, de acordo com a regra anterior, antes do advento da EC n. 32/2001, adotada a MP pelo Presidente da República e estando o Congresso Nacional em recesso, proceder-se-ia à sua convocação extraordinária no prazo de cinco dias. Segundo a nova regra, ao que se percebe, na redação dada ao **art. 62, § 4.º**, acrescentado, o referido prazo fica **suspenso** durante o período de recesso do Congresso Nacional. Em contrapartida, amenizando a falta de previsão expressa de convocação extraordinária para o caso de adoção de MP, a EC n. 32/2001 estabeleceu que, em eventual **convocação extraordinária**, havendo medidas provisórias em vigor na data de sua convocação, serão elas automaticamente incluídas na pauta de convocação (art. 57, § 8.º);

- ■ **prorrogação do prazo da MP por novos 60 dias:** como visto, adotada

a MP pelo Presidente da República, ela produzirá efeitos por **60 dias**, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional. No entanto, findo esse prazo inicial, contado da data de sua publicação, e não tendo sido encerrada a votação nas duas Casas do Congresso Nacional, o prazo inicial de 60 dias será **prorrogado** por **novos 60 dias**, uma única vez, totalizando o prazo de **120 dias**, quando então, se não for convertida em lei, a MP **perderá a eficácia desde a sua edição**;

■ **eficácia da MP:** o art. 62, § 3.º, da CF/88 estabelece que as medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de **60 dias**, prorrogável, nos termos do § 7.º, uma vez por igual período (**novos 60 dias**), devendo o Congresso Nacional disciplinar, por **decreto legislativo**, as relações jurídicas delas decorrentes; ou seja, não sendo a MP apreciada no referido prazo de 60 dias prorrogáveis por novos 60 dias, ela perderá a sua eficácia desde a sua edição, operando efeitos *ex tunc*, confirmando a sua **efemeridade** e **precariedade**;

■ **tramitação:** adotada a MP pelo Presidente da República ela será submetida, de imediato, ao Congresso Nacional, cabendo, de acordo com o art. 62, §§ 5.º e 9.º, da CF/88 e art. 5.º da Resolução n. 1/2002-CN, a uma **comissão mista de Deputados e Senadores** examiná-la e sobre ela emitir parecer, apreciando os seus **aspectos constitucionais** (inclusive os pressupostos de relevância e urgência) e de **mérito**, bem como a sua **adequação financeira** e **orçamentária** e o cumprimento, pelo Presidente da República, da exigência contida no art. 2.º, § 1.º da Res. n. 1/2002-CN, qual seja, no dia da publicação da MP no *DOU* ter enviado o seu texto ao Congresso Nacional, **acompanhado da respectiva mensagem e de documento expondo a motivação do ato**. Posteriormente, a MP, com o parecer da comissão mista, passará à apreciação pelo **plenário** de cada uma das Casas. O **processo de votação**, como visto e inovando, será em **sessão separada**, e não mais conjunta, tendo início na **Câmara dos Deputados**, sendo o **Senado Federal** a Casa revisora. O art. 8.º da **Resolução n. 1/2002-CN**, substituindo as regras contidas na Resolução n. 1/89-CN,[95] estabeleceu que o plenário de cada uma das Casas decidirá, em **apreciação preliminar**, o atendimento ou não dos **pressupostos constitucionais de relevância e urgência**, bem como a sua **adequação financeira e orçamentária**, antes do exame de mérito, sem a necessidade de interposição de recurso, para, ato contínuo, se for o caso, deliberar sobre o mérito. Isso porque, se o plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal decidir no sentido do não atendimento dos pressupostos constitucionais ou pela inadequação financeira ou orçamentária da medida provisória, esta será arquivada;

■ **regime de urgência constitucional:** o art. 62, § 6.º, da CF/88 dispõe que, se a medida provisória não for apreciada em até **45 dias** contados de sua **publicação**, entrará em **regime de urgência**, subsequentemente,

em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. Cabe observar que o então Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, anunciou uma nova interpretação a respeito do regime de urgência, orientando que a pauta não fica travada em relação a matérias que não podem, em tese, ser objeto de MP, como PEC, projeto de LC, resoluções, decretos legislativos etc. Contra esse entendimento, em 18.03.2009, foi impetrado o **MS 27.931**, tendo sido negada a liminar (**matéria pendente de julgamento pelo STF**);

- **reedição de medida provisória:** inovando, e esta talvez a grande novidade trazida pela EC n. 32/2001, o § 10 do art. 62 da CF/88 estabelece ser **vedada** a reedição de medida provisória, na mesma **sessão legislativa**, expressamente **rejeitada** pelo Congresso Nacional, ou que tenha **perdido a sua eficácia por decurso de prazo**, ou seja, não tenha sido apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias prorrogáveis por novos 60 dias, contados de sua publicação. Pela redação dada ao referido dispositivo legal, contudo, na sessão legislativa seguinte, ao que parece, permitir-se-á a reedição da aludida medida provisória, subsistindo a criticada técnica de reedição das medidas provisórias, que, infelizmente, agora conta até com permissivo constitucional expresso no sentido de corroborar a sua reedição na sessão legislativa seguinte. Restará ao Judiciário declarar inconstitucional essa nova sistemática de possibilidade de reedição da MP na sessão legislativa seguinte.

Assim, pelo exposto e tentando aclarar ainda mais a nova sistemática trazida pela EC n. 32/2001, podemos fixar que, adotada a MP pelo Presidente da República, o Congresso Nacional poderá tomar as seguintes medidas: **aprovação sem alteração; aprovação com alteração; não apreciação (rejeição tácita); rejeição expressa**.

9.14.4.3. Aprovação sem alteração

De acordo com o art. 12 da **Res. n. 1/2002-CN**, diferente do que dispunha a regra anterior, "aprovada a medida provisória, **sem alteração de mérito**, será o seu texto promulgado pelo **Presidente da Mesa do Congresso Nacional** para publicação, no Diário Oficial da União". Cabe lembrar que, nos termos do art. 57, § 5.º, CF/88, a Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo **Presidente do Senado Federal**. Assim, conclui-se que o Presidente do Senado Federal é quem exerce a função de Presidente da Mesa do CN.

9.14.4.4. Aprovação com alteração

Disciplinando a regra anterior, a Resolução n. 1/89 do Congresso

Nacional, alterada pela de n. 2/89, regulamentando a matéria, previu a possibilidade de apresentação de emendas ao texto da medida provisória, originalmente expedida pelo Presidente da República.

Essa regra foi mantida na **Res. n. 1/2002-CN**. Dentro da nova sistemática, havendo emendas **(matérias correlatas ao conteúdo da medida provisória)**, o projeto de lei de conversão apreciado por uma das Casas deverá ser apreciado pela outra (tendo em vista a votação agora em **sessão separada pelo plenário de cada uma das Casas**), devendo ser, posteriormente, nos termos das regras para o processo legislativo comum, levado à apreciação do Presidente da República para sancionar ou vetar a **lei de conversão**, e, em caso de sanção ou derrubada do veto, promulgação e publicação pelo próprio Presidente da República.

No tocante à matéria alterada (diferente do texto original da medida provisória), os efeitos decorrentes desse ponto específico deverão ser regulamentados por **decreto legislativo**, perdendo a medida provisória, no ponto em que foi alterada, a eficácia desde a sua edição, nos exatos termos do art. 62, § 3.º, da CF/88.

O art. 62, § 12, acrescentado pela **EC n. 32/2001**, estabelece que, aprovado o projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta continuará integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. Trata-se de verdadeira aberração jurídica, já que, se houve projeto de lei de conversão alterando o texto original da emenda, a manutenção deste texto até que o projeto seja sancionado ou vetado (pelo Chefe do Executivo) conserva em vigor dispositivo com força de lei (a medida provisória) contrário à manifestação do Parlamento, que, expressamente, o refutou. Assim, entre o período que medeia o projeto de lei de conversão e a sua sanção ou veto pelo Presidente da República, estaremos diante de ato com força normativa já execrado pelo Legislativo. Sobre a não edição do decreto legislativo *vide* item seguinte.

■ 9.14.4.5. Não apreciação (rejeição tácita)

A não apreciação da medida provisória no prazo de **60 dias** contados de sua publicação implicará a sua prorrogação por mais **60 dias**, como visto. Assim, após o período de **120 dias**, não havendo apreciação pelo Congresso Nacional, a medida provisória **perderá a eficácia desde a sua edição (rejeição tácita)**, operando efeitos retroativos, *ex tunc*, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes por **decreto legislativo** (art. 62, §§ 3.º, 4.º e 7.º).

Inovando de maneira democrática e evolutiva a redação anterior, ao contrário do que acontecia com o extinto *decreto-lei*, a EC n. 32/2001 não

mais permite a aprovação por **decurso de prazo**. De fato é o que se percebe pela nova redação dada ao citado art. 62, § 3.º, ou seja, a não deliberação no prazo legal acarreta a rejeição da medida provisória, que perde a eficácia desde a sua edição.

No entanto, de maneira totalmente contrária aos interesses da sociedade, resgatando as mazelas do extinto decreto-lei, o § 11 do art. 62, na nova redação, estabelece que se não for editado o **decreto legislativo** para regulamentar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória que perdeu a sua eficácia por ausência de apreciação, até **60 dias após a sua perda de eficácia**,[96] "as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas"; ou seja, não sendo editado o decreto legislativo pelo Congresso Nacional, valerão as regras da medida provisória para regulamentar as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante o período em que a MP produzia efeitos. Ora, se a perda dos efeitos é *ex tunc*, como afirmar que as relações jurídicas conservar-se-ão regidas pela extinta MP? *Data maxima venia*, trata-se de verdadeiro resgate do autoritário **decreto-lei**, que permitia a sua aprovação por decurso de prazo. Aqui se diz que a não apreciação (decurso de prazo) implica a perda da eficácia *ex tunc*. Mas, inexistindo o decreto legislativo, as relações serão regidas pela extinta medida provisória! Com o devido respeito, muito embora tenhamos a missão de dizer o que o examinador dos concursos possa perguntar em uma primeira fase, não deixamos de declarar a nossa repulsa por essa nova sistemática, totalmente inconstitucional e arbitrária. De acordo com a justificação do **Projeto de Resolução n. 5 — CN** (*DCN*, 03.10.2001, p. 19989), por outro lado, o objeto dessa regra é "evitar vácuo jurídico (...) evidenciado na prática recente".

Apenas para sistematizar algo que já foi dito, indaga-se: é permitida a reedição de medida provisória que tenha perdido a sua eficácia por decurso de prazo, ou seja, não tenha sido apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias prorrogáveis por outros 60 dias?

O art. 62, § 10, da CF/88 estabelece ser **vedada** a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha **perdido sua eficácia por decurso de prazo**. Assim, pela nova regra, a reedição da aludida MP não será permitida na mesma sessão legislativa, isto é, de acordo com o art. 57, *caput*, na redação dada pela EC n. 50/2006, no período durante o qual o Congresso Nacional, anualmente, reúne-se em Brasília e que vai de **2 de fevereiro a 17 de julho** e de **1.º de agosto a 22 de dezembro**. Na sessão legislativa seguinte, abre-se a possibilidade de reedição da MP... e deixamos a nossa crítica pessoal contra a aludida sistemática.

9.14.4.6. Rejeição expressa

Outra atitude a ser tomada pelo Congresso Nacional é **expressamente** deixar de converter a medida provisória em lei. Nessa hipótese, também, deverá disciplinar os efeitos dela decorrentes por meio de **decreto legislativo**.

Como visto e, mais uma vez, reforçando a crítica já manifestada, o novo art. 62, § 11, diz que se não for editado o decreto legislativo até **60 dias** da rejeição da medida provisória, a qual, como visto, perde a eficácia desde a sua edição, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência conservar-se-ão por ela (pela medida provisória) regidas.

Retomando os argumentos expendidos no item anterior, trata-se de regra até mais abrangente que o execrado e ditatorial decreto-lei da Constituição anterior, que permitia a aprovação por decurso de prazo. Se o Congresso Nacional rejeitou a MP, expressamente, como admitir que, inexistindo o decreto legislativo, as regras fixadas pela MP continuem a disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes? Não se pode aceitar essa situação.

Outra pergunta que se faz: a reedição de MP expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional é permitida?

Como visto no item anterior, o art. 62, § 10, estabelece ser **vedada** a **reedição**, **na mesma sessão legislativa**, de medida provisória que tenha sido **rejeitada** ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

Logo, *a contrario sensu*, pela literalidade da EC n. 32/2001, na sessão legislativa seguinte seria permitida a reedição da MP, inclusive se expressamente rejeitada. Essa atrocidade acobertada por todos não pode iludir a população. Todos vêm dizendo ser "vedada a reedição de MP" — o grande avanço trazido pela novel emenda constitucional! No entanto, a literalidade do aludido parágrafo esconde artifícios para que o governo reedite medidas provisórias, inclusive se expressamente rejeitadas. Restará ao STF declarar inconstitucional esse "*Frankenstein* jurídico", já que, na sistemática anterior, como visto, o Pretório Excelso vedava a reedição de MP quando houvesse expressa rejeição pelo Congresso Nacional (cf. ADI 1.250-9/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 1, de 06.09.1995, p. 28252; ADI 293-7/600/DF, Pleno, medida liminar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; e ADI 295-3, Rel. Min. Carlos Velloso).

9.14.4.7. Impacto da medida provisória sobre o ordenamento jurídico

Publicada a medida provisória e tendo ela força de lei, as demais normas do ordenamento, que com ela sejam incompatíveis, terão a sua **eficácia suspensa**. Rejeitada a medida provisória, a lei que teve a sua eficácia suspensa volta a produzir efeitos **(lembrando que ela não foi revogada pela**

medida provisória). Aprovada e convertida em lei, a nova lei (fruto da conversão) revogará a lei anterior, se com ela incompatível, ou se tratar inteiramente de matéria de que tratava a lei anterior.[97]

Mais uma vez, em razão do objetivo deste trabalho, que é ajudar os ilustres candidatos a vencer as dificuldades dos concursos públicos, lembramos a já criticada redação dada ao art. 62, § 11, da CF/88, que traz uma exceção aos casos que tenham sido atingidos pela medida provisória. Embora a rejeição da MP, como visto, implique o restabelecimento da norma anterior, tendo em conta a sua desconstituição com efeitos retroativos, desde que não tenha sido "... editado o **decreto legislativo** a que se refere o § 3.º até **60 dias** após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas". Mais uma vez expressamos o nosso repúdio a essa nova regra, alertando os candidatos a concursos públicos da sua existência!

9.14.4.8. Pode o Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória já editada?

A partir do momento que o Presidente da República edita a MP, ele não mais tem controle sobre ela, já que, **de imediato**, deverá submetê-la à análise do Congresso Nacional, não podendo retirá-la de sua apreciação.

Por outro lado, contrário a nossa posição pessoal, devemos alertar para a "... orientação assentada no STF no sentido de que, não sendo dado ao Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória que tiver editado, é-lhe, no entanto, possível ab-rogá-la por meio de nova medida provisória, valendo tal ato pela simples suspensão dos efeitos da primeira, efeitos esses que, todavia, o Congresso poderá ver restabelecidos, mediante a rejeição da medida ab-rogatória..." (ADI 1.315-MC/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 25.08.1995, p. 26022, *Ement.* v. 01797-02, p. 293, Pleno).

9.14.4.9. Limitação material à edição de medidas provisórias, de acordo com a EC n. 32/2001

A **EC n. 32/2001** trouxe algumas novidades em relação aos limites materiais de edição das medidas provisórias, notadamente na redação dada aos §§ 1.º e 2.º do art. 62.

Assim, é expressamente **vedada** a edição de medidas provisórias sobre matérias relativas:

- à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

- a direito penal, processual penal e processual civil;
- à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros;
- a planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3.º.[98]

A) MP pode ser editada para a abertura de crédito extraordinário?

A regra é que a MP não pode tratar de matéria orçamentária. Contudo, como se verifica na parte final do art. 62, § 1.º, I, "d", ressalva-se a utilização de MP para a **abertura de crédito extraordinário**, mas desde que se observe o art. 167, § 3.º.

Trata-se daquilo que vem sendo chamado pela jurisprudência do STF de **limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do Poder Executivo na edição de MP para a abertura de crédito extraordinário**.

Portanto, de acordo com o art. 167, § 3.º, a abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas **imprevisíveis** e **urgentes**, como as decorrentes de **guerra**, **comoção interna** ou **calamidade pública**, observado o disposto no art. 62.

Assim, a utilização da MP fica restrita a essas situações extraordinárias, destacando-se o importante papel de controle da atividade do Executivo pelo Judiciário. É o que estudamos no próximo item.

B) É possível o controle jurisdicional de medida provisória que abre crédito extraordinário?

Conforme já estudado,[99] revisando o conceito de lei de efeito concreto (ADI 4.048 e 4.049), o STF vem admitido o controle dos requisitos de **imprevisibilidade** e **urgência** para a edição de MP que abre crédito extraordinário.

Isso porque o art. 167, § 3.º, ao definir que a abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas **imprevisíveis** e **urgentes**, como as decorrentes de **guerra**, **comoção interna** ou **calamidade pública**, muito embora estabeleça um rol exemplificativo do que venha a ser "despesas imprevisíveis e urgentes", há uma indiscutível **densificação normativa** dos referidos requisitos, podendo, então, o STF realizar o controle:

> "EMENTA: Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3.º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões

‘guerra’, ‘comoção interna’ e ‘calamidade pública’ constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3.º, c/c o art. 62, § 1.º, inciso I, alínea d, da Constituição...” (ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.2008, *DJE* de 22.08.2008. No mesmo sentido: ADI 4.049-MC, Rel. Min. Carlos Britto, j. 05.11.2008, *Inf. 527/STF*) **(matéria pendente de julgamento no STF)**.

C) Outras vedações

A nova regra trazida na EC n. 32/2001 **veda** ainda, expressamente, a edição de medida provisória:

- que vise à detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;[100]
- reservada à lei complementar (lembrem que o aspecto material da lei complementar foi taxativo e expressamente previsto na Constituição Federal e, no tocante ao aspecto formal, o *quorum* de maioria absoluta);
- já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

No tocante à **matéria tributária**, a nova emenda constitucional estabelece a seguinte regra (art. 62, § 2.º):

- medida provisória que implique **instituição** ou **majoração** de **impostos**, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Essa nova redação, apesar de contrariar renomada parte da doutrina,[101] não altera o posicionamento do STF, que entende ser perfeitamente possível a regulamentação de matéria tributária através de medida provisória, exceto nas hipóteses em que a Constituição exige lei complementar, por exemplo, o art. 146, devendo, contudo, ser observado o princípio da **anterioridade tributária**[102] (art. 150, III, “b”) e, nas hipóteses cabíveis, o **princípio da carência**, fixado no art. 150, III, “c” (EC n. 42/2003).

Em relação a este princípio, todavia, a EC n. 32/2001 trouxe uma novidade. O STF posicionava-se no sentido de tomar por base a data da primeira edição da medida provisória, a fim de ver preenchido o requisito do art. 150, III, “b”, ou do art. 195, § 6.º (cf. ADI 1.617-MS, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 15.08.1997; ADI 1.610-DF, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 221.856-PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2.ª Turma, 25.05.1998, e o entendimento pacificado na **S. 651/STF, 24.09.2003**).

Com a nova redação dada ao art. 62, § 2.º, excepcionando a regra geral exposta pelos julgados do STF, em se tratando da espécie tributária denominada **imposto**, com exceção daqueles que dispensam respeito ao princípio da anterioridade tributária (art. 150, § 1.º, c/c os arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II), a sua instituição ou majoração, por **medida provisória**, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte (art. 150, III, "b") se a aludida MP tiver sido convertida em lei até o último dia daquele exercício financeiro em que foi editada.

Outro limite previsto pela EC n. 32/2001 vem disciplinado na nova redação dada ao **art. 246 da CF/88**, agora redigido nos seguintes termos:

> "Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1.º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive".

Trata-se de mais um **retrocesso** trazido pela nova sistemática das medidas provisórias, beneficiando, claramente, o governo e mostrando que o Congresso Nacional cedeu e muito nesse mau acordo político.

Isso porque a vedação de regulamentação de artigo da Constituição alterado por emenda, de acordo com a nova redação dada ao art. 246 da CF/88, não abrange as que forem promulgadas após o dia **11.09.2001**. Pela nova regra, retrógrada, enfatize-se, as MPs não poderão regulamentar artigos da Constituição que tenham sido alterados por emenda constitucional no período de **1.º.01.1995** a **11.09.2001**. Todo artigo da Constituição que for alterado após a data da promulgação da nova emenda (**11.09.2001**), infelizmente, pela nova redação, poderá, admirem-se, ser regulamentado por MP.

Além desses limites, podemos destacar, muito embora não estejam previstos expressamente na **EC n. 32/2001**, os seguintes, impossibilitando-se a regulamentação por medida provisória das:

- **matérias que não podem ser objeto de delegação legislativa** (art. 68, § 1.º, pela própria natureza do ato que reforça o princípio da indelegabilidade de atribuições);
- **matérias reservadas à resolução e decreto legislativo**, por serem matérias de competência das Casas ou do próprio Congresso Nacional.

Por fim, em relação aos limites materiais, selecionamos, ainda, algumas situações nas quais já havia expressa vedação de regulamentação por medida provisória:

- **art. 25, § 2.º, da CF/88:** "Cabe aos Estados explorar diretamente, ou

mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, **vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação**";

- **art. 73 do ADCT:** acrescentado pela ECR n. 1/94, que já teve a sua **eficácia exaurida**, vedando a regulação do Fundo Social de Emergência, criado inicialmente para os exercícios financeiros de 1994 e 1995, por medida provisória;
- **art. 2.º da EC n. 8/95:** veda a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 da CF/88;[103]
- **art. 3.º da EC n. 9/95:** veda a adoção de medida provisória na regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e nos §§ 1.º e 2.º do art. 177 da CF/88.

9.14.4.10. O que acontecerá com as medidas provisórias editadas em data anterior à EC n. 32/2001?

O art. 2.º da **EC n. 32/2001** estabeleceu que "as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional".

Isso significa que todas as medidas provisórias anteriores à publicação da EC n. 32/2001, caso não sejam derrubadas pelo Congresso, ou o Executivo deixe de revogá-las "explicitamente", diz o texto (entendemos, também, a revogação tácita como aplicável ao caso), continuarão em vigor, implicando a **indesejável perpetuação**. Resta ao Judiciário apreciar a nova sistemática, afastando-a, pois, assim permanecendo, ter-se-á, mais uma vez e disfarçadamente, uma aprovação por decurso de prazo. Conforme já declarado por alguns parlamentares, é humanamente impossível apreciar todas as medidas provisórias, implicando, pela regra definida, a sua manutenção tendo em vista a sua **vigência indeterminada**.[104]

Não podemos deixar de consignar o nosso repúdio a essa nova regra, que, de certa forma, implica a perpetuação das medidas provisórias em vigor antes da publicação da aludida emenda constitucional.

Como o texto diz **publicação**, não podemos confundir o termo final com a **promulgação**. Como se sabe, a EC n. 32/2001 foi **promulgada** em **11.09.2001**, tendo sido **publicada** em **12.09.2001** (*DOU* de 12.09.2001, p. 1, col. 1), este último, portanto, o termo final para a verificação das medidas provisórias em vigor.

Por fim, devemos lembrar que, embora as regras sobre a apreciação pelo CN das MPs estejam contidas na **Res. n. 1/2002-CN**, de acordo com o seu art. 20, às medidas provisórias em vigor na data da publicação da EC n. 32/2001 aplicar-se-ão os procedimentos previstos na **Res. n. 1/89-CN**, alterada pela **Res. n. 2/89-CN**.

9.14.4.11. Um alerta

Até o fechamento desta edição, a PEC n. 72/2005 — que tem como primeiro signatário o Senador Antonio Carlos Magalhães — já havia sido aprovada em 2 turnos no SF e fora remetida à CD. Se aprovada, mudará as regras para edição e tramitação das medidas provisórias, que não mais teriam força de lei assim que editadas pelo Executivo. As MPs gerariam efeitos legais apenas depois de ter os critérios de urgência e relevância avaliados, em até 3 dias úteis, pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJs) da Câmara ou Senado — onde primeiro a MP ingressar —, já que, pela PEC, as medidas provisórias passam também a iniciar sua tramitação alternadamente nas duas Casas legislativas.

Cabe observar que o então Presidente da CD, Deputado Michel Temer, anunciou uma nova interpretação a respeito do **regime de urgência**, orientando que a pauta não ficaria travada em relação a matérias que não podem, em tese, ser objeto de medida provisória, como PEC, projeto de LC, resoluções, decretos legislativos etc. Contra esse entendimento, em 18.03.2009, foi impetrado o **MS 27.931**, tendo sido negada a liminar **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

9.14.5. Decreto legislativo

9.14.5.1. Aspectos gerais

O decreto legislativo, uma das espécies normativas previstas no art. 59 (inciso VI), é o instrumento normativo por meio do qual serão materializadas as **competências exclusivas do Congresso Nacional**, alinhadas nos incisos I a XVII do art. 49 da CF/88. As regras sobre o seu procedimento vêm contempladas nos Regimentos Internos das Casas ou do Congresso.[105]

Além das matérias do art. 49 da CF/88, o Congresso Nacional deverá regulamentar, por decreto legislativo, os efeitos decorrentes da medida provisória não convertida em lei. Esta regra vem agora expressamente prevista no art. 62, § 3.º, da CF/88, introduzido pela **EC n. 32/2001**.

Deflagrado o processo legislativo, ocorrerá a discussão no Congresso, e, havendo aprovação do projeto (pela maioria simples, art. 47), passa-se, imediatamente, à promulgação, realizada pelo **Presidente do Senado Federal**, que determinará a sua publicação. **Não** existe manifestação do Presidente da República, sancionando ou vetando, pela própria natureza do ato (pois versa sobre matérias de competência do Congresso, conferindo subjetividade ao regulamentar o art. 49), bem como em virtude de expressa previsão constitucional (art. 48, *caput*).

9.14.5.2. Breves notas sobre o processo de formação dos tratados

internacionais e a novidade trazida pela EC n. 45/2004

9.14.5.2.1. Tratados e convenções internacionais gerais

Dentre as várias hipóteses previstas no art. 49 da CF/88, destaca-se a **competência exclusiva** do Congresso Nacional, materializada, como visto, por meio de **decreto legislativo**, para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (art. 49, I — *com alta incidência de questionamento nos concursos públicos*).

Deixamos bem claro que a análise do referido instituto tem por objetivo único esclarecer como se aperfeiçoa a formação dos tratados internacionais e como estes passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. Não se tem a intenção de trazer em pauta as várias teorias e discussões travadas entre os internacionalistas, mesmo porque fugiria por completo do objetivo da presente proposta.

Basicamente são duas as possíveis formas por meio das quais se origina um tratado internacional: *a*) pela aprovação do texto por uma instância de organização internacional, ou *b*) pela assinatura de um documento por sujeitos de direito internacional público. Normalmente, tem-se: **negociação**, **conclusões** e **assinatura** do tratado. Nos dizeres de Flávia Piovesan, "a assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo". E prossegue a autora lembrando a Convenção de Viena, fixando, em linhas gerais, que "o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado pode ser expresso mediante a assinatura, troca de instrumentos constituintes do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou através de qualquer outro meio acordado (arts. 11 a 17 da Convenção)".[106]

Em relação ao Brasil, como deflui da análise do **art. 84, VIII**, da CF/88, é de **competência privativa** do **Presidente da República** "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional". Essa regra deve ser associada, como vimos acima, ao **art. 49, I**, da CF/88, que estabelece como de **competência exclusiva** do Congresso Nacional, materializada através da elaboração de **decreto legislativo** (art. 59, VI, da CF/88), resolver, definitivamente, sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Assim, primeiro ocorre a **celebração do tratado, convenção ou ato internacional** pelo Presidente da República (art. 84, VIII), para, depois e internamente, o Parlamento decidir sobre a sua viabilidade, conveniência e

oportunidade.[107] Desta feita, concordando o Congresso Nacional com a celebração do ato internacional, elabora-se o **decreto legislativo**, que é o instrumento adequado para **referendar** e **aprovar** a decisão do Chefe do Executivo, dando-se a este "carta branca" para **ratificar** a assinatura já depositada, ou, ainda, **aderir**, se já não o tiver feito. **Ratificar** significa **confirmar** perante a ordem internacional que aquele Estado, definitivamente, obriga-se perante o pacto firmado. Tecnicamente, a **ratificação** não é ato do Parlamento, mas de competência privativa do Chefe do Executivo, típico ato de direito internacional público. A **troca** (geralmente nos acordos bilaterais) ou o **depósito** (em regra, nos multilaterais, no órgão responsável pela custódia, como, *verbi gratia,* a ONU, a OEA...) do aludido instrumento de ratificação asseguram a obrigatoriedade do Estado no âmbito internacional.[108]

A próxima etapa, portanto, com o objetivo de que o tratado se **incorpore** por definitivo ao **ordenamento jurídico interno**, é a fase em que o Presidente da República, mediante **decreto**, **promulga** o texto, **publicando-o**, em **português**, em órgão da imprensa oficial, dando-se, pois, ciência e publicidade da ratificação da assinatura já lançada, ou, caso esta não se tenha externado, da adesão a determinado tratado ou convenção de direito internacional. Como maestralmente assinala Mirtô Fraga, "o decreto do Presidente da República atestando a existência da nova regra e o cumprimento das formalidades requeridas para que ela se concluísse, com a ordem de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém, confere-lhe (ao tratado) força executória, e a publicação exige sua observância por todos: Governo, particulares, Judiciário".[109]

De acordo com o posicionamento do STF, a expedição, pelo Presidente da República, do referido **decreto**, acarreta três efeitos básicos que lhe são inerentes: *a*) a **promulgação** do tratado internacional; *b*) a **publicação** oficial de seu texto; e *c*) a **executoriedade** do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Referido ato normativo integra o ordenamento jurídico interno com caráter de **norma infraconstitucional**, situando-se nos mesmos planos de validade, eficácia e autoridade em que se posicionam as leis ordinárias (guardando, dessa forma, estrita relação de **paridade normativa** com as referidas **leis ordinárias**),[110] podendo, por conseguinte, ser revogado (*ab-rogação* ou *derrogação*) por norma posterior, bem como ser questionada a sua constitucionalidade perante os tribunais, de forma concentrada ou

difusa.[111]

Assim, constata-se que o sistema constitucional brasileiro **não** exige, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, a edição de lei formal distinta (visão **dualista extremada** ou **radical**), satisfazendo-se com a adoção de *iter procedimental* complexo, que compreende a **aprovação congressional** e a **promulgação executiva do texto convencional**. Isso quer dizer que o Brasil adotou o princípio do **dualismo moderado**.

Podemos, então, resumir o trâmite de integração da norma internacional no direito interno em quatro fases distintas, a saber:

- **celebração do tratado internacional** (negociação, conclusão e assinatura) pelo **Órgão do Poder Executivo** (ou posterior adesão [terceira etapa], art. 84, VIII — Presidente da República);
- **aprovação** (**referendo** ou **"ratificação"** ***lato sensu***), pelo Parlamento, do tratado, acordo ou ato internacional, por intermédio de **decreto legislativo**, resolvendo-o definitivamente (Congresso Nacional — art. 49, I);
- **troca** ou **depósito** dos instrumentos de **ratificação** (ou **adesão**, caso não tenha tido prévia celebração) pelo **Órgão do Poder Executivo** em âmbito internacional;
- **promulgação** por **decreto presidencial**, seguida da **publicação** do texto em português no Diário Oficial. Neste momento o **tratado, acordo ou ato internacional adquire executoriedade no plano do direito positivo interno**, guardando estrita relação de **paridade normativa** com as **leis ordinárias** (salvo nas hipóteses em que o tratado ou convenção internacional versar sobre direitos humanos e tiver sido incorporado(a) com a natureza supralegal ou constitucional (cf. art. 5.º, § 3.º, e discussão no *item 9.14.5.2.3*).

Na observação precisa de Louis Henkin, "... o poder de celebrar tratados — como é concebido e como de fato se opera — é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de '*checks and balances*'. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de '*checks and balances*' talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência europeia".[112]

9.14.5.2.2. Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (EC n. 45/2004)

Conforme destacado no *item 6.7.1.2.7* (estudo sobre o objeto da ADI), retomamos a importante discussão sobre a inserção, pela **EC n. 45/2004**, do § 3.º ao art. 5.º da CF/88, nos seguintes termos: "os tratados e convenções internacionais[113] sobre **direitos humanos** que *forem* aprovados, **em cada Casa do Congresso Nacional**, em **dois turnos**, por **três quintos dos votos dos respectivos membros**, serão equivalentes às **emendas constitucionais**".

Zulaiê Cobra, em seu parecer sobre a Reforma, observa que, "buscando efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro Celso de Mello... no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina... com a reforma de 1994 (art. 75, n. 22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5.º, § 2.º".[114]

Entendemos que a nova regra não é inconstitucional e não fere nem mesmo os limites implícitos do poder de reforma, destacando-se, nesse sentido, o **Decreto n. 6.949, de 25.08.2009**, que promulga a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,* e de seu *Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, que já havia sido aprovada pelo **Decreto Legislativo n. 186/2008**, tendo sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de **norma constitucional**.

Esquematizando, podemos afirmar, então, conforme já exposto, que:

- **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional e em 2 turnos de votação (cf. art. 60, § 2.º, e art. 5.º, § 3.º):** equivalem a **emendas constitucionais**, guardando, desde que observem os "limites do poder de reforma", estrita relação de paridade com as *normas constitucionais*;
- **tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma e desde que não forem confirmadas pelo *quorum* qualificado:** malgrado posicionamento pessoal deste autor, já exposto, para as provas, seguindo o entendimento do STF, terão natureza **supralegal** (cf. *item 9.14.5.2.3*);[115]
- **tratados e convenções internacionais de outra natureza:** têm força de lei ordinária.

Dessa maneira, deverão surgir duas espécies do gênero *tratados* e *convenções internacionais*: **a)** aqueles sobre direitos humanos e **b)** aqueloutros que não tratem sobre direitos humanos. Os primeiros se dividem em: **a.1)** tratados sobre *direitos humanos* aprovados pelo *quorum* e observância de

turnos das emendas constitucionais, tendo a equivalência destas; e **a.2)** os que não seguiram essa formalidade, sendo, segundo o STF, supralegais.

Flávia Piovesan identificou uma clara relação entre a **redemocratização do Estado brasileiro**, a partir de 1985, e o **processo de incorporação de relevantes instrumentos de proteção aos direitos humanos**.

Em valiosa compilação, a ilustre colega observa que "... a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: *a*) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; *b*) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; *c*) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; *d*) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; *e*) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; *f*) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; *g*) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; *h*) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; *i*) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; *j*) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; *k*) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; e *l*) os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24 de janeiro de 2004. A estes avanços, soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 1998".[116]

Qual a natureza jurídica desses tratados e convenções que tratam de direitos humanos anteriores à EC n. 45/2004?

Diferentemente da regra da Constituição da Argentina, que é expressa em afirmar que os tratados anteriores sobre direitos humanos passam a ter, com a Reforma de 1994, hierarquia constitucional, a regra brasileira foi omissa.

Assim, entendemos que o Congresso Nacional poderá (e, querendo atribuir natureza constitucional, deverá) **confirmar** os tratados sobre direitos humanos pelo *quorum* qualificado das emendas e, somente se observada essa formalidade, e desde que respeitados os *limites do poder de reforma das emendas*, é que se poderá falar em tratado internacional de "natureza constitucional", ampliando os direitos e garantias individuais do art. 5.º da

Constituição.

E qual a diferença entre os *tratados* e *convenções internacionais sobre direitos humanos* aprovados (ou confirmados) em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros e aqueles, também sobre direitos humanos, mas que não seguiram a aludida formalidade?

A diferença estará no procedimento da **denúncia** (ato de retirada do tratado). Enquanto aqueles que seguiram um procedimento mais solene dependem de **prévia autorização** do Congresso Nacional, também em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em cada uma de suas Casas, os outros (nos mesmos termos daqueles que não tratam sobre direitos humanos) poderão ser denunciados normalmente pelo Executivo, sem a prévia autorização do Congresso Nacional.

Nesse sentido, também, Piovesan, que os classifica (os tratados sobre **direitos humanos**) em: **a)** *material e formalmente constitucionais* (aqueles que equivalem às emendas constitucionais em razão do procedimento de incorporação mais solene) e **b)** *materialmente constitucionais*, que, apesar de tratarem de **direitos humanos**, não passaram pelo procedimento mais solene.[117]

Para a ilustre Procuradora do Estado de São Paulo, os *tratados material e formalmente constitucionais* **não podem ser objeto de denúncia unilateral pelo Executivo**, já que "... os direitos neles enunciados receberam assento no texto constitucional não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também formal, não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular — ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados... É como se o Estado houvesse renunciado a esta prerrogativa de denúncia, em virtude da 'constitucionalização formal' do tratado no âmbito jurídico interno".[118]

E qual seria o procedimento para a aprovação pelo *quorum* qualificado das emendas?

Entendemos que, pela regra do art. 49, I (que não poderá ser desprezada), continua sendo o **decreto legislativo** o ato pelo qual o Congresso Nacional, no procedimento de incorporação dos tratados internacionais, resolve definitivamente sobre os tratados e convenções internacionais referentes a direitos humanos. Veja que a nova regra não diz que o

procedimento deverá ser o das emendas, mas que, cumpridas as formalidades, **equivalerão** às emendas.

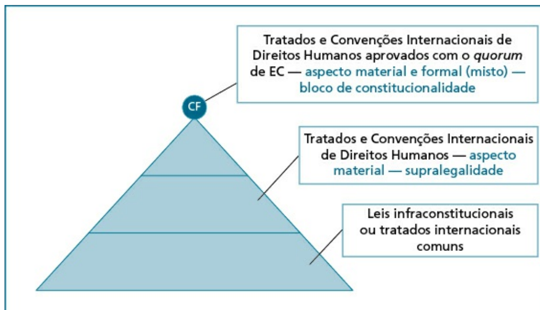
A única diferença está na possibilidade (e veja que há uma permissão, e não um dever para o Congresso Nacional) de se atribuir caráter de emenda constitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos, mas somente se observadas as formalidades fixadas no art. 5.º, § 3.º.

Perceba que o texto diz: "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que **forem** aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", significando que poderemos deparar com aprovação sem as aludidas formalidades e, aí, segundo o STF, referidos tratados terão natureza *supralegal*.

Por fim, conforme já analisado no *item 6.7.1.3*, ampliando o conceito de "bloco de constitucionalidade", passamos a ter, com a Reforma, um outro *parâmetro constitucional de confronto*, quais sejam, os tratados e convenções internacionais com "força" de norma constitucional. Assim, perfeitamente possível que uma lei seja declarada **inconstitucional** por ferir referido tratado internacional sobre direitos humanos, que tenha sido aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em 2 turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, já que equivalerão às emendas constitucionais.

Para todos os casos, entendemos ainda prevalecer a afirmação exarada por Araujo e Nunes Júnior em relação à regra anterior: "o reconhecimento da inconstitucionalidade do decreto legislativo que ratifica um tratado internacional não torna o ajuste internacional nulo, mas apenas exclui o Brasil de seu cumprimento, sujeitando-o, no entanto, a sanções internacionais decorrentes do descumprimento".[119]

■ 9.14.5.2.3. A "supralegalidade" dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos



O STF decidiu a matéria em dois recursos extraordinários **(RE 466.343 e RE 349.703)** buscando enfrentar a constitucionalidade da prisão civil para o inadimplente em contratos de alienação fiduciária em garantia.[120]

De acordo com o voto[121] do Ministro Gilmar Mendes, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos poderiam, seguindo a doutrina, ter o seguinte *status normativo*:

- a vertente que reconhece a **natureza supraconstitucional** dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (*Celso Duvivier de Albuquerque Mello*);
- o posicionamento que atribui **caráter constitucional** a esses diplomas internacionais (*Antônio Augusto Cançado Trindade* e *Flávia Piovesan*);
- a tendência que reconhece o ***status* de lei ordinária** a esse tipo de documento internacional (*RE 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ* de *29.12.1977*);
- a interpretação que atribui **caráter supralegal** aos tratados e convenções sobre direitos humanos (*art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia e a posição firmada pelo Ministro Gilmar Mendes em referido voto*).

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, acompanhando o voto do relator, acrescentou os seguintes fundamentos: "(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de **supralegalidade** aos tratados e

convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam **infraconstitucionais**, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de **supralegalidade**. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana" (grifamos).

Concluindo, entendeu que a previsão, pelo Pacto e pela Convenção internacionais, da prisão por dívida exclusivamente para o devedor de alimentos "tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel** (art. 5.º, inciso LXVII) **não foi revogada** pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria**, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-lei n. 911, de 1.º de outubro de 1969".

Finalmente, entendeu que a prisão civil do devedor-fiduciante afronta o **princípio da proporcionalidade**, na medida em que existem outros meios "processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional" (*Inf.* 449/STF).

O STF, por 5 X 4, em **03.12.2008**, no julgamento do **RE 466.343**, decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5.º, § 3.º (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas **supralegais**, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.[122]

Embora sedutora a tese e, sem dúvida, fortalecedora do princípio da **dignidade da pessoa humana**, o grande problema parece-nos justificar (especialmente diante da nova redação conferida ao § 3.º do art. 5.º pela EC n. 45/2004) a possibilidade de "paralisar" a eficácia das leis contrárias aos tratados ou convenções sobre direitos humanos, mas que encontrariam suporte de validade na própria Constituição, que continua estabelecendo, ao

lado da prisão do devedor de alimentos, a do depositário infiel (remetemos o amigo leitor para o *item 6.7.1.2.7*).

Finalmente, destaca-se a **SV n. 25/2009**: "é **ilícita** a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

■ 9.14.6. Resolução

Por meio das resoluções regulamentar-se-ão as matérias de competência privativa da Câmara dos Deputados (art. 51), do Senado Federal (art. 52) e algumas de competência do Congresso Nacional, fixadas, além das poucas hipóteses constitucionais, regimentalmente.

Assim, os Regimentos Internos determinam as regras sobre o processo legislativo. De modo geral, deflagrado o processo legislativo na forma do Regimento, a discussão dar-se-á nas respectivas Casas, ou seja, em se tratando de projeto de resolução da Câmara dos Deputados, apenas naquela Casa; quando for projeto do Senado Federal, **unicameralmente**, na referida Casa e, na hipótese de resolução do Congresso Nacional, a tramitação será **bicameral**.

Uma vez aprovado (**maioria simples** — art. 47), passa-se à promulgação, que será realizada pelo Presidente da Casa (Câmara ou Senado) e, no caso de resolução do Congresso, pelo Presidente do Senado Federal. Os mencionados Presidentes determinarão a publicação.

Além da previsão regimental de matérias a serem regulamentadas por **resoluções**, assim como aquelas dos arts. 51 e 52 da CF/88, destacamos outras hipóteses constitucionais:

- ■ **art. 68, § 2.º:** o Congresso Nacional delegará competência ao Presidente da República para elaborar a **lei delegada** por meio de **resolução**;
- ■ **art. 155, § 1.º, IV:** o Senado Federal, por meio de **resolução**, fixará as **alíquotas máximas** do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos, a ser instituído pelos Estados e pelo DF;
- ■ **art. 155, § 2.º, IV:** o Senado Federal, por meio de **resolução** de iniciativa do Presidente da República ou de 1/3 dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;
- ■ **art. 155, § 2.º, V, "a":** faculta-se ao Senado Federal estabelecer **alíquotas mínimas** nas operações internas, mediante **resolução** de **iniciativa** de **1/3** e aprovada pela **maioria absoluta** de seus membros em relação ao imposto a ser instituído pelos Estados e pelo DF sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação **(ICMS)**, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

■ **art. 155, § 2.º, V, "b":** faculta-se, também, ao Senado Federal fixar **alíquotas máximas** nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante **resolução** de iniciativa da **maioria absoluta** e aprovada por **2/3** de seus membros.

Por último, pelos mesmos motivos apontados quando definimos o decreto legislativo, também **não** haverá manifestação presidencial sancionando ou vetando o projeto de resolução (art. 48).

Devemos alertar, conforme visto, em relação às hipóteses dos arts. 51, IV, e 52, XIII, que cada Casa não pode mais, de acordo com a nova regra fixada pela EC n. 19/98, dispor mediante resolução sobre a remuneração dos cargos, empregos e funções de seus serviços, tendo, apenas, **a iniciativa reservada** para o encaminhamento de **projeto de lei**, que, no caso, deverá ser sancionado pelo Presidente da República.

Já que falamos em decreto legislativo, resta observar que, enquanto as resoluções podem instrumentalizar matérias de competência da CD, do SF ou do CN, os decretos legislativos só servirão para regulamentar as matérias de competência exclusiva do CN, indicadas no art. 49, CF/88.

■ 9.14.7. Quadro comparativo das espécies normativas

ESPÉCIES NORMATIVAS	LOCALIZAÇ ALGUM CARACTERÍS
Emendas à Constituição	■ **Art. 60:** *qu* 3/5, em cada em dois turn votação

Lei Complementar	■ **Art. 69:** *qu* maioria abso Hipóteses **taxativamen** **previstas** no 7.º, I; 14, § 9 §§ 2.º, 3.º e IV; 22, parág único; 23, pa único; 25, § XIX; 40, §§ 4 15; 41, § 1.º § 1.º; 45, § 1 II; 59, parág único; 68, § parágrafo ún XXII; 93, *cap*

121, *caput*; 1
4.º; 129, VI e
131, *caput*; 1
1.º; 142, § 1
146-A, *capu*
153, VII; 154
155, § 1.º, II
XII; 156, III;
3.º; 161; 163
§ 9.º; 166, §
168; 169, *ca*
§§ 2.º, 3.º e
184, § 3.º; 1
caput; 195, §
201, § 1.º; 2
1.º, 4.º, 5.º e
231, § 6.º, to

	CF/88. E art §§ 1.º e 2.º; 7.º, 8.º, e 9.º 79; art. 91 d
Lei ordinária	■ **Art. 47:** *qu* maioria simp desde que p a maioria ab dos membro
Lei delegada	■ **Art. 68:** elaborada pe Presidente d República, a delegação d Congresso Nacional, me Resolução

Medida provisória	■ **Art. 62:** elaborada pe Presidente d República, te força de lei. Ressalvado disposto nos e 12, perde eficácia desc sua edição s for convertid no prazo de **dias** (60 dias prorrogável, única vez, po 60 dias, caso

	tenha encerr votação nas Casas do Congresso N — cf. art. 62 e 7.º, na red determinada EC n. 32/200
Decreto Legislativo	■ **Art. 49:** competência exclusiva do Congresso Nacional; art 3.º, da CF/88 redação determinada EC n. 32/200

	disciplina os decorrentes medida prov não converti lei e que per sua eficácia a sua ediçã
Resoluções	■ **Art. 51:** competência privativa da ■ **Art. 52:** competência privativa do ■ **Art. 68, §** delegação d PR para elab delegada

■ **Previsões regimentais** matérias a s regulamenta resoluções d da CD ou do

■ 9.15. FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA EXERCIDA PELO LEGISLATIVO E O TRIBUNAL DE CONTAS

Conforme já estudamos, além da função típica de legislar, ao **Legislativo** também foi atribuída função **fiscalizatória**.

Sabemos que, de modo geral, todo **Poder** deverá manter, de forma integrada, sistema de **controle interno de fiscalização**, conforme estabelece o art. 74, *caput*.

Em relação ao Legislativo, além do controle interno (inerente a todo Poder), também realiza **controle externo**, através da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta (pertencentes ao Executivo, Legislativo e Judiciário) e indireta, levando em consideração a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70, *caput*).

A CF/88 consagra, dessa forma, um sistema harmônico, integrado e sistêmico de perfeita convivência entre os **controles internos** de cada Poder e o **controle externo** exercido pelo Legislativo, com o **auxílio** do Tribunal de Contas (art. 74, IV).

Esse sistema de **atuação conjunta** é reforçado pela regra contida no art. 74, § 1.º, na medida em que os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela deverão dar ciência ao TCU, sob pena de **responsabilidade solidária**.

Também deverá prestar contas "qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre

dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária" (art. 70, parágrafo único, com a redação determinada pela EC n. 19/98).

Portanto, o controle externo será realizado pelo **Congresso Nacional**, auxiliado pelo **Tribunal de Contas**, cujas competências estão expressas no art. 71.

■ 9.15.1. Tribunal de Contas da União

■ 9.15.1.1. Composição e características

O Tribunal de Contas da União, integrado por **9 Ministros**, tem **sede** no **Distrito Federal**, quadro próprio de pessoal e "jurisdição" em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

Malgrado tenha o art. 73 da CF falado em "jurisdição" do Tribunal de Contas, devemos alertar que essa denominação está totalmente **equivocada**. Isso porque o Tribunal de Contas é **órgão técnico** que, além de emitir pareceres, exerce outras atribuições de fiscalização, de controle e, de fato, também a de "julgamento" (tanto é que o Min. Ayres Britto chega a falar em **"judicatura de contas"** — ADI 4.190). **Porém**, o Tribunal de Contas não exerce jurisdição no sentido próprio da palavra, na medida em que **inexiste** a "definitividade jurisdicional". É por esse motivo que reputamos não adequada a expressão "jurisdição" contida no art. 73.

No caso de auxílio no *controle externo*, os atos praticados são de **natureza** meramente **administrativa**, podendo ser acatados ou não pelo Legislativo. Em relação às outras atribuições, o Tribunal de Contas também decide **administrativamente**, não produzindo nenhum ato marcado pela definitividade ou fixação do direito no caso concreto, no sentido de afastamento da pretensão resistida. O Tribunal de Contas, portanto, **não é órgão do Poder Judiciário** (não está elencado no art. 92), nem mesmo **do Legislativo**.

Segundo asseverou o Min. Celso de Mello, "os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, **não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo**, de que **não** são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A **competência institucional** dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas **traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República**" (ADI 4.190, j. 10.03.2010).

Conforme visto e deixando mais claro, o Tribunal de Contas, apesar de

autônomo **(autonomia institucional)**, não tendo qualquer vínculo de subordinação ao Legislativo, em determinadas atribuições é auxiliar desse Poder. A fiscalização em si, no caso do *controle externo*, é realizada pelo Legislativo. O Tribunal de Contas, como órgão auxiliar, apenas emite pareceres técnicos nessa hipótese.

Finalmente, caber alertar que as Cortes de Contas (todas elas em seus âmbitos) gozam das prerrogativas da **autonomia** e do **autogoverno**, o que inclui a **iniciativa reservada** para "instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96" da CF/88 (ADI 4.418-MC, j. 06.10.2010 e ADI 1.994, j. 24.05.2006).

Assim, por exemplo, compete ao TCU, nos termos do art. 96, propor ao Poder Legislativo **(iniciativa reservada)** projetos de lei para a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação do subsídio de seus membros.

■ 9.15.1.2. Atribuições constitucionais do TCU

As atribuições constitucionais estão elencadas no art. 71, CF/88, de imprescindível leitura para as provas de concursos, destacando-se ser competência do TCU:

- **apreciar** as **contas** prestadas anualmente pelo **Presidente da República**, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em 60 dias a contar de seu recebimento;
- **julgar** as **contas** dos **administradores** e **demais responsáveis** por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
- **apreciar**, para fins de registro, a **legalidade** dos **atos** de **admissão de pessoal**, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, **excetuadas** as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
- **realizar**, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, **inspeções e auditorias** de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como demais entidades referidas no inc. II do art. 71;
- **fiscalizar** as **contas nacionais das empresas supranacionais** de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
- **fiscalizar** a **aplicação de quaisquer recursos repassados pela União** mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
- **prestar** as **informações** solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
- **aplicar** aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as **sanções previstas em lei**, que estabelecerá, entre outras cominações, **multa** proporcional ao dano causado ao erário;
- **assinar prazo** para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato **cumprimento da lei**, se verificada **ilegalidade**;
- **sustar**, se não atendida, a **execução do ato impugnado**, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

■ **representar** ao Poder competente sobre **irregularidades** ou **abusos apurados**.

Em relação a essas atribuições, estabelece o art. 71, § 4.º, que o TCU encaminhará ao Congresso Nacional, **trimestral** e **anualmente**, um *relatório* de suas atividades.

■ 9.15.1.3. "Apreciar as contas" X "julgar as contas" (art. 71, I e II)

TRIBUNAL DE CONTAS DA	
■ aprecia as contas	■ Pre Repúl
■ julga (administrativamente) as contas	■ dos admir e dem respo por re públic ■ daq deren perda

ou ou
irregu
de qu
prejuí
erário

Devemos deixar bem claro que o **julgamento** das contas dos Chefes dos Executivos não é feito pelo Tribunal de Contas, mas, conforme visto, pelo respectivo **Poder Legislativo**. O Tribunal de Contas apenas **aprecia** as contas, mediante parecer prévio conclusivo, que deverá ser elaborado 60 dias a contar de seu recebimento.

Nesse sentido, o **art. 49**, IX, CF/88, estabelece ser competência **exclusiva** do *Congresso Nacional* **julgar** anualmente as **contas** prestadas pelo **Presidente da República** e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo. Portanto, quem julga as contas é o Poder Legislativo de cada ente federativo. Confira:



Por sua vez, o art. 71, II, dá total autonomia para o TCU **julgar** — e agora percebam que o verbo é "julgar" — e não "apreciar" — as contas dos **administradores** e **demais responsáveis** por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público **federal** e as **contas** daqueles que **derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade** de que **resulte**

prejuízo ao erário público.

Nessa hipótese, conforme assinalou o STF, "...o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo", tendo o TCU total autonomia (cf. ADI 3715-MC). Por se tratar de decisão administrativa, naturalmente, o entendimento a ser firmado pelo TCU poderá ser discutido no Judiciário (art. 5.º, XXXV).

■ 9.15.1.4. Exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas

Conforme já estudamos no capítulo sobre *controle de constitucionalidade*, destacamos novamente a **Súmula 347 do STF:** "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público".

Segundo Bulos, embora os Tribunais de Contas "...não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos em abstrato, pois essa prerrogativa é do Supremo Tribunal Federal, poderão, no caso concreto, reconhecer a desconformidade formal ou material de normas jurídicas incompatíveis com a manifestação constituinte originária. Sendo assim, os Tribunais de Contas podem deixar de aplicar ato por considerá-lo inconstitucional, bem como sustar outros atos praticados com base em leis vulneradoras da Constituição (art. 71, X). Reitere-se que essa faculdade é na via incidental, no caso concreto, portanto".[123]

Estamos diante, portanto, de exemplo de *controle de constitucionalidade posterior* ou *repressivo* **não jurisdicional**, fugindo ao direito brasileiro que adotou a regra do *judicial review*.

Parece razoável exigir o cumprimento da regra contida no art. 97, CF/88, que trata da denominada **cláusula de reserva de plenário**, segundo a qual somente pelo voto da **maioria absoluta** de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

■ 9.15.1.5. Sustação de "atos" e "contratos" administrativos pelo Tribunal de Contas

A doutrina do *direito administrativo* estabelece, com precisão, a distinção entre **atos** e **contratos administrativos**.

Segundo Carvalho Filho, o **ato administrativo** pode ser conceituado como "a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à

produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.[124]

Por sua vez, o **contrato administrativo** é o “ajuste firmado entre a administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza o interesse público”.[125]

Portanto, basicamente, pode-se afirmar que, enquanto o **ato administrativo** se caracteriza como manifestação **unilateral** da administração pública, como a *autorização*, a *licença*, a *permissão*, por sua vez, o **contrato administrativo** pressupõe **bilateralidade**, a traduzir obrigação de ambas as partes (muito embora as particularidades e a derrogação do direito comum, em razão do interesse público envolvido) como o *contrato de concessão de serviço público* ou o de *fornecimento*.

Isso posto, cabe observar que, em relação ao controle realizado pelo TCU, em razão da distinção entre os dois institutos, o constituinte também criou regras específicas.

Diante de **atos administrativos**, verificando o TCU qualquer ilegalidade, deverá assinalar **prazo** para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 71, IX).

Findo o prazo e não solucionada a ilegalidade, nos termos do art. 71, X, competirá ao TCU, *no exercício de sua própria competência*, **sustar** a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Em contrapartida, conforme art. 71, § 1.º, no caso de **contrato administrativo**, o ato de sustação será adotado **diretamente** pelo **Congresso Nacional**, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

Contudo, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas previstas, o Tribunal de Contas da União decidirá a respeito (art. 71, § 2.º).

Apesar dessa ideia de atuação subsidiária, conforme assinalou o STF, “... o Tribunal de Contas da União embora não tenha poder para *anular* ou *sustar* **contratos administrativos** — tem competência, conforme o art. 71, IX, para **determinar** à autoridade administrativa que **promova** a **anulação do contrato** e, se for o caso, da **licitação** de que se originou”, sob pena de imediata comunicação para o Congresso Nacional, que deverá tomar as medidas cabíveis (MS 23550, j. 04.04.2010).

■ 9.15.1.6. As empresas públicas e as sociedades de economia mista,

integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas?

Sim.

A jurisprudência do STF pode ser assim estabelecida ao interpretar o art. 71, II: "Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71, II; Lei 8.443/1992, art. 1.º, I). As **empresas públicas** e as **sociedades de economia mista**, integrantes da **administração indireta**, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista" (**MS 25.092**, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 10.11.2005, *DJ* de 17.03.2006).[126]

■ 9.15.1.7. É necessária a observância do devido processo legal em processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas?

Para responder, destacamos a **Súmula Vinculante n. 3** (30.05.2007): "nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão".[127]

■ 9.15.1.8. O Tribunal de Contas pode exigir, por si, a quebra de sigilo bancário?

Não.

O STF, no julgamento do **MS 22.801**, por unanimidade, anulou decisão do TCU "... que obrigava o Banco Central a dar acesso irrestrito a informações protegidas pelo sigilo bancário, constantes do *Sisbacen* (Sistema de Informações do Banco Central). (...) Os ministros reafirmaram que toda e qualquer decisão de quebra de sigilo bancário tem de ser **motivada**, seja ela do **Poder Judiciário** ou do **Poder Legislativo** (no caso por meio das CPIs, acrescente-se). Eles ressaltaram, ainda, que o **TCU**, como órgão auxiliar do Congresso Nacional, **não** tem **poder** para **decretar quebra de sigilo**. 'Nós não estamos dizendo que o Banco Central não deva informações ao Poder Legislativo. Ao contrário, nós estamos é afirmando que deve. O que nós estamos aqui decidindo é que uma Câmara do Tribunal de Contas — e o Tribunal de Contas da União **não é o Poder Legislativo**, é um órgão do Poder Legislativo — possa autorizar (ou não) a invasão do *Sisbacen* de forma

irrestrita', explicou o relator da matéria, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito" (*Notícias STF, 17.12.2007, 16h21*).

Isso porque o sigilo bancário busca proteger a **intimidade** e a **vida privada** (art. 5.º, X), devendo eventual mitigação desses direitos fundamentais ser feita com base na Constituição e na ideia de ponderação.

Avançando, nem mesmo a **LC n. 105/2001**, que trata do assunto, autorizou a mitigação do direito fundamental pelo TCU, o que, em nosso entender, também não poderia, já que estamos diante de **reserva de jurisdição**, conforme bem decidiu o STF no julgamento do **RE 389.808** (j. **15.12.2010**, por **5 X 4**, *DJE* de 10.05.2011 — cf. discussão nos *itens 9.8.3.13* e *14.10.8*).

Portanto, tanto o TCU como as demais Cortes de Contas, em razão da simetria, **não** têm competência para a quebra do sigilo bancário, mesmo diante das atividades que desempenham. Nesse sentido:

> "EMENTA: (...). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, **verificação** de contas e até mesmo o **julgamento** das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, **não** houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, **não cabendo a interpretação extensiva**, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5.º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão n. 72/96 — TCU — 2.ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão n. 54/97 — TCU — Plenário" (MS 22.801, j. 17.12.2007, anterior ao julgamento do *RE 389.808,* que, reafirmando esse entendimento, conforme visto acima, estabeleceu a argumentação no sentido de ser a quebra do sigilo bancário **reserva de jurisdição**).

■ 9.15.1.9. Teoria dos poderes implícitos e as atribuições do Tribunal de Contas — possibilidade de concessão de medidas cautelares para assegurar o exercício de suas atribuições

Conforme já analisamos no *item 3.8*, o Min. Celso de Mello, em interessante julgado, anotou que a **teoria dos poderes implícitos** decorre de doutrina que, tendo como precedente o célebre caso *McCULLOCH v. MARYLAND* (1819), da Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelece que **"...a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos"** (MS 26.547-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.2007, *DJ* de 29.05.2007).

Acrescentamos que os meios implicitamente decorrentes das atribuições explicitamente estabelecidas devem passar por uma análise de **razoabilidade** e **proporcionalidade**.

Nesse sentido, podemos dar como exemplo de aplicação da **teoria dos poderes implícitos** o reconhecimento, pelo STF, dos poderes do TCU de conceder **medidas cautelares** no exercício de suas atribuições explicitamente fixadas no art. 71 da CF/88 (MS 26.547-MC/DF).

■ 9.15.1.10. Situação jurídica acobertada pela autoridade da coisa julgada pode ser desconstituída por decisão ou ato do Tribunal de Contas?

Não.

Conforme vem decidindo o STF, havendo coisa julgada, o instrumento específico para a sua eventual desconstituição, nas hipóteses legais, é a **ação rescisória**.

Assim, mesmo que a matéria acobertada pela autoridade da coisa julgada esteja em discordância com entendimento do próprio STF, não tem o Tribunal de Contas competência para lhe alterar o sentido, seja para suprimir como, também, para conceder vantagens, especialmente diante dos "... postulados da **segurança jurídica**, da **boa-fé objetiva** e da **proteção da confiança**, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito", que se mostram "impregnadas de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público" (*RTJ* 191/922). Nesse sentido:

> "EMENTA: Vantagem pecuniária incorporada aos proventos de aposentadoria de servidor público, por força de decisão judicial transitada em julgado: **não pode o Tribunal de Contas, em caso assim, determinar a supressão de tal vantagem**, por isso que a situação jurídica coberta pela **coisa julgada** somente pode ser modificada pela via da **ação rescisória**" (MS 25.460, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.12.2005, Plenário, *DJ* de 10.02.2006).

> "EMENTA: O Tribunal de Contas da União não dispõe, constitucionalmente, de poder para rever decisão judicial transitada em julgado (*RTJ* 193/556-557) nem para determinar a suspensão de benefícios garantidos por sentença revestida da autoridade da coisa julgada (*RTJ* 194/594), **ainda que o direito reconhecido pelo Poder Judiciário não tenha o beneplácito da jurisprudência prevalecente no âmbito do STF**, pois a '*res judicata*' em matéria civil só pode ser legitimamente desconstituída mediante **ação rescisória**. Precedentes" (MS 28150 MC/DF, j. 08.09.2009, *DJe* de 16.09.2009).

9.15.1.11. Decisões do Tribunal de Contas com eficácia de título executivo

De acordo com o art. 71, § 3.º, as decisões do Tribunal de que resulte **imputação de débito** ou **multa** terão eficácia de **título executivo**, devendo a ação ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação, e não pelo próprio Tribunal de Contas. Nesse sentido:

> "EMENTA: Tribunal de Contas do Estado do Acre. Irregularidades no uso de bens públicos. Condenação patrimonial. Cobrança. Competência. Ente público beneficiário da condenação. Em caso de multa imposta por Tribunal de Contas estadual as responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos, a ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação do Tribunal de Contas. Precedente" (RE 510.034-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 24.06.2008, 2.ª Turma, *DJE* de 15.08.2008).

> "EMENTA: Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Competência para executar suas próprias decisões: **impossibilidade**. Norma permissiva contida na Carta estadual. Inconstitucionalidade. As decisões das Cortes de Contas que impõem **condenação patrimonial** aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos **têm eficácia de título executivo** (CF, art. 71, § 3.º). **Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público, que atua perante ele.** Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. **A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente** (*no caso, a AGU ou procuradorias competentes, acrescente-se*). Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, art. 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por **violação ao princípio da simetria** (CF, art. 75)" (**RE 223.037**, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 02.05.2002, Plenário, *DJ* de 02.08.2002. No mesmo sentido: **AI 826.676-AgR**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.02.2011, 2.ª Turma, *DJE* de 24.02.2011).

9.15.1.12. Ao decidir, cabe ao Tribunal de Contas manter o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia?

Não.

O Tribunal de Contas tem atribuição para investigar, independentemente de provocação, podendo agir, portanto, de ofício. Contudo, contribuindo, o art. 74, § 2.º, CF/88, estabelece ser **parte legítima** para, na forma da lei, **denunciar irregularidades** ou **ilegalidades** perante o TCU:

- qualquer cidadão;
- partido político;
- associação;
- sindicato.

Assim, apresentada a denúncia, o TCU deve manter sigilo sobre a **autoria** dessa denúncia? E sobre o seu **objeto**?

O art. 55, *caput* e § 1.º, da Lei n. 8.443/92, que dispõe sobre a *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União* e dá outras providências, **tinha** a seguinte redação:

> "Art. 55. No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria.
> § 1.º Ao decidir, caberá ao Tribunal **manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia**."

A questão chegou a ser analisada pelo **STF**, que declarou, incidentalmente, já que em um caso concreto (controle difuso), a **inconstitucionalidade** da **expressão** constante do § 1.º do art. 55 da *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União*, Lei n. 8.443/92, **"manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia"**, e do contido no disposto no *Regimento Interno do TCU*, que, quanto à **autoria** da denúncia, estabelecia que seria mantido o **sigilo**.

Basicamente, o STF, por maioria, entendeu que o denunciado tem o direito de saber quem está apresentando a denúncia para, eventualmente e se for o caso, exercer o seu direito de resposta, proporcional ao agravo, e buscar eventual reparação por dano material ou moral por violação à honra e à imagem (art. 5.º, V e X); além do que, apenas em situações excepcionais é vedado o direito de se obter informações dos órgãos públicos (art. 5.º, XXXIII) (cf. **MS 24.405**, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.12.2003, **Plenário**, *DJ* de 23.04.2004).

O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, de maneira bastante firme, chega a afirmar que a não identificação daquele que leva a informação dos fatos pode caracterizar práticas abusivas ou até de perseguição, seja por quem denuncia ou até, eventualmente, pelo próprio órgão da administração pública.

E arremata: "... configura **'covardia republicana'** usar órgãos como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, Receita Federal a serviço de partido político. É uma das coisas mais **inescrupulosas** de que se tem notícia. Violenta a ideia de igualdade de oportunidade, violenta aquilo que é mais relevante na democracia".

A partir do julgamento do caso concreto, cumprindo o art. 52, X, o Senado Federal, nos termos da **Resolução n. 16/2006**, *suspendeu a execução* da expressão **"manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia"** constante do *§ 1.º do art. 55 da Lei Federal n. 8.443/92* e do contido no disposto no *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União*, quanto à **manutenção do sigilo em relação à autoria de denúncia**, em virtude da declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do STF, nos autos do referido MS 24.405.

Dessa forma, as investigações pelo TCU poderão ser de ofício ou por denúncia, devendo, ao final do procedimento, ser relevado o seu objeto e a sua autoria.

Para finalizar, um ponto precisa ser mais bem estudado pelo STF e diz respeito à **denúncia anônima**, que, diante do entendimento fixado pelo STF de o denunciante formal ser identificado, deve tender a aumentar, já que muitos temerão alguma represália ou retaliação.

Além daquele que age com covardia e se utiliza dos órgãos para implementar disputas políticas, não podemos nos esquecer do cidadão honesto, correto que, sem nenhuma outra intenção, simplesmente quer levar ao conhecimento do poder público alguma irregularidade, mas teme a represália.

Em caso similar, mas envolvendo a prática de **crime**, o STF admitiu a denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela.

Conforme assinalou o Min. Toffoli, a partir do julgamento do HC 84.827/TO (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2007), de fato, o STF "... assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar *diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa 'denúncia' são materialmente verdadeiros*, para, só então, iniciar as investigações. 2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais civis diligenciaram no sentido de apurar a eventual existência de irregularidades cartorárias que pudessem conferir indícios de verossimilhança aos fatos. Portanto, o procedimento tomado pelos policiais está em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de **diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito**" (HC 98.345, j. 16.06.2010, **1.ª Turma** — e observe-se que não foi pelo *Pleno*).

O Min. Ricardo Lewandowski, em referido julgamento, chegou a

incentivar a ideia da "denúncia anônima" no sentido de deflagrar **iniciação prévia**, sem, ainda, a abertura de inquérito policial, incentivando a *cidadania participativa no combate ao crime* e, assim, o "direito à proteção contra eventual represália ou retaliação".

O Min. Celso de Mello, outrossim, ao analisar a **denúncia anônima**, que realmente encontra limites no art. 5.º, IV, que **veda o anonimato**, chegou a apontar o exato sentido dessa garantia constitucional: "... nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por **delação anônima** ('disque-denúncia', p. ex.), adote **medidas informais** destinadas a apurar, **previamente**, em **averiguação sumária**, **'com prudência e discrição'**, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o **objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados**, em ordem a promover, então, **em caso positivo**, a **formal instauração da 'persecutio criminis', mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas**" (HC 100.042-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, *DJe* 8.10.2009 e, originariamente, em seu voto no Inq. 1.957, j. 11.05.2005 — grifamos).

Portanto, diante de todas essas manifestações, apesar do entendimento do STF estabelecido no MS 24.405 no sentido de, ao decidir, estar proibido o TCU de **manter o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia**, parece-nos que a **denúncia anônima** poderá, também, ser "aproveitada" pelo TCU no cumprimento de sua nobre missão constitucional.

Partindo da *denúncia anônima*, o TCU poderá adotar, parafraseando a decisão do Min. Celso de Mello, aqui adaptada, **medidas informais** destinadas a apurar, **previamente**, em **averiguação sumária**, **"com prudência e discrição"**, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude ou ilegalidade, desde que o faça com o **objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados**, em ordem a promover, então, **em caso positivo**, a formal instauração do **procedimento administrativo**, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas (**matéria pendente de aprofundamento pelo STF**, especialmente pelo **Pleno**).

Esse entendimento fica reforçado no sentido de que, conforme visto, o TCU atua não somente por provocação, mas de **ofício**, no cumprimento de suas atribuições constitucionais.

■ 9.15.1.13. Ministros do Tribunal de Contas da União

- **requisitos:** ser brasileiro (nato ou naturalizado); ter mais de **35** e

menos de **65** anos de idade; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública e mais de **10** anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados;

■ **escolha:** os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados após escolha, que se dará da seguinte forma:

a) 3 (1/3 dos 9) pelo **Presidente da República**, com aprovação do Senado Federal pelo *quorum* da maioria simples (art. 47 da CF/88), sendo 2 alternadamente dentre **auditores** e **membros do Ministério Público junto ao Tribunal**,[128] indicados em lista tríplice;

b) 6 (2/3 dos 9) pelo Congresso Nacional (art. 73, § 2.º, I e II).

Assim, embora tenha enfrentado o tema de modo definitivo apenas para o TCE (*vide* **S. 653/STF**[129]), a tendência de entendimento no STF para o **TCU** parece-nos ser a seguinte: dos **9** Ministros:

a) 3 (1/3 dos 9) são escolhidos pelo Presidente da República. Desses três, **1** será de sua livre escolha, **1** dentre auditores (indicados em lista tríplice pelo TCU) e **1** dentre membros do MP junto ao TCU (também a ser escolhido pelo Presidente dentre aqueles da lista tríplice a ser enviada pelo TCU), destacando-se ter o Presidente da República, nessas hipóteses de lista tríplice, total **discricionariedade** para escolher 1 dos 3;

b) 6 (2/3 dos 9), quais sejam, **6** dos **9**, serão indicados pelo Congresso Nacional, nos termos dos Decretos Legislativos ns. 6/93 e 18/94.

Em sede de julgamento liminar, o STF entendeu que, à medida que forem abrindo as vagas, aquelas de **origem** deverão ser **preservadas** (por exemplo, aposentando um membro do TCU proveniente do MP, deverá ser indicado um novo membro dentre aqueles da lista tríplice integrada por membros do MP junto ao TCU). Não se trata de mero critério rotativo de escolha, como prescrevem o inciso III do art. 105 da Lei n. 8.443/92 e o inciso III do art. 280 do Regimento Interno do TCU. Trata-se, em verdade, de **composição constitucional definida, fixa e expressa** no art. 73, § 2.º, I e II da CF;[130]

■ **nomeação:** pelo Presidente da República, nos termos do art. 84, XV, observadas as regras de escolha (composição) prescritas no art. 73;

■ **garantias:** os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos **Ministros do Superior Tribunal de Justiça**, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40,

introduzidas pela EC n. 20/98 (cf. ADI 4.190, j. 10.03.2010).

9.15.2. Distinção entre a atuação do TCU e da CGU: inexistência de invasão de atribuições. Auxílio no controle externo (TCU) X controle interno (CGU) — perfeita convivência

Inicialmente, com base na *MP n. 2.143-31/2001*, em 02.04.2001, foi criada a então denominada *Corregedoria-Geral da União (CGU)*, órgão vinculado diretamente à Presidência da República e que, originariamente, tinha por objetivo combater a fraude e a corrupção e promover a defesa do patrimônio público, no âmbito do Poder Executivo Federal.[131]

O *Decreto n. 4.177/2002* integrou a *Secretaria Federal de Controle Interno (SFC)* e a *Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI)* à estrutura da então *Corregedoria-Geral da União*, transferindo-lhe, também, as competências de *Ouvidoria Geral*, à época vinculadas ao Ministério da Justiça.

A *MP n. 103/2003*, por sua vez, convertida na **Lei n. 10.683/2003**, alterou a denominação do órgão para **Controladoria-Geral da União (CGU)**, passando a denominar o seu titular *Ministro de Estado do Controle e da Transparência*.

Finalmente, o *Decreto n. 5.683/2006* reorganizou a estrutura da CGU e criou a *Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI)*, buscando, também, prevenir a corrupção.

Assim, a **Controladoria-Geral da União (CGU)** integra a Presidência da República e, nos termos do art. 17, *caput*, da Lei n. 10.683/2003, compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à **defesa do patrimônio público**, ao **controle interno**, à **auditoria pública**, à **correição**, à **prevenção** e ao **combate à corrupção**, às **atividades de ouvidoria** e ao **incremento da transparência da gestão** no âmbito da **administração pública federal**.

Dessa forma, enquanto o **TCU** é órgão **auxiliar** do **Congresso Nacional** na realização do **controle externo**, a **CGU** é órgão auxiliar do **Executivo Federal** (Presidente da República) no cumprimento de sua missão constitucional de **controle interno** do patrimônio da União e fiscalização dos recursos públicos federais.

Isso posto, trazemos questão interessante que surgiu no STF em relação aos poderes e competências da CGU.

Trata-se do **RMS 25.943/DF** (j. 24.11.2010), interposto contra ato do *Ministro de Estado do Controle e da Transparência* que, por sorteio, em razão

da impossibilidade de se analisar todos, selecionou Municípios para auditar e fiscalizar a destinação dos recursos públicos federais, em razão de repasse.

No caso concreto, foi sustentado que, em verdade, a CGU não poderia auditar as contas do Município, já que esta seria atribuição exclusiva do TCU, nos termos do art. 71, VI, que estabelece ser competência do *Tribunal de Contas da União* fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

Contudo, o STF, por maioria, entendeu ser perfeitamente possível a convivência do **controle externo**, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU, com o **controle interno** de cada Poder, sendo, no caso do Executivo federal, implementado com o auxílio da **CGU**, órgão criado com o objetivo de otimizar o cumprimento do art. 70, CF/88 (cf. *Inf. 610/STF*).

■ 9.15.3. Tribunais de Contas Estaduais e Tribunal de Contas do Distrito Federal

As normas estabelecidas para o Tribunal de Contas da União (TCU) aplicam-se, no que couber e por simetria, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal (art. 75, *caput*).

As regras sobre os Tribunais de Contas Estaduais deverão estar dispostas na Constituição Estadual, havendo expressa previsão de que o número de **Conselheiros** (e não mais Ministros) deverá ser de **7**, regra esta que deverá ser seguida, também, no âmbito do DF.

Nos termos da **Súmula 653** do STF, "no Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, **quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa** e **três pelo Chefe do Poder Executivo estadual**, cabendo a este indicar **um** dentre **auditores** e **outro** dentre **membros do MP especial**, e um **terceiro** à sua **livre escolha**", fazendo interpretação do art. 75, *caput*, que estabeleceu o dever de observância de sua composição, **no que couber**, em relação às regras do TCU, que é composto por 9, e não 7 integrantes.

Por outro lado, convém lembrar que, segundo o art. 235, III, da CF/88, nos **10 primeiros anos da criação de novo Estado, o Tribunal de Contas será inicialmente formado por 3 membros**, nomeados pelo Governador eleito, dentre brasileiros de comprovada idoneidade e notório saber.

Ainda, a jurisprudência do STF é firme no sentido de que, conjugando-se o art. 75, *caput*, c/c o art. 73, § 3.º, CF/88, os Conselheiros do Tribunal de Contas dos Estados e do DF terão as mesmas garantias, prerrogativas,

impedimentos, vencimentos e vantagens dos **Desembargadores dos TJs**, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. Nesse sentido:

> "EMENTA: (...). Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado-membro dispõem dos **mesmos predicamentos que protegem os magistrados**, notadamente a prerrogativa jurídica da vitaliciedade (CF, art. 75 c/c o art. 73, § 3.º), que representa garantia constitucional destinada a impedir a perda do cargo, exceto por sentença judicial transitada em julgado. Doutrina. Precedentes. — A Assembleia Legislativa do Estado-membro não tem poder para decretar, '*ex propria auctoritate*', a perda do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, ainda que a pretexto de exercer, sobre referido agente público, uma **(inexistente)** jurisdição política" (ADI 4.190, j. 10.03.2010).

Finalmente, conforme já alertamos, as Cortes de Contas (todas elas em seus âmbitos) gozam das prerrogativas da **autonomia** e do **autogoverno**, o que inclui a **iniciativa reservada** para "instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96" da CF/88 (ADI 4.418-MC, j. 06.10.2010 e ADI 1.994, j. 24.05.2006).

Assim, por exemplo, compete ao Tribunal de Contas do Estado, nos termos do art. 96, propor ao respectivo Poder Legislativo **(iniciativa reservada)** projetos de lei para a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação do subsídio de seus membros.

■ 9.15.4. Tribunais de Contas Municipais

De acordo com o art. 75, *caput*, CF/88, as normas estabelecidas para o Tribunal de Contas da União (TCU) também se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

A CF/88, em seu art. 31, § 4.º, veda a **criação** de Tribunais, Conselhos ou Órgãos de Contas Municipais. No entanto, e de maneira aparentemente paradoxal, no § 1.º do art. 31 estabelece que o controle externo da Câmara Municipal será exercido com o **auxílio** dos Tribunais de Contas dos Estados ou do **Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver**.

Assim, a única interpretação a que chegamos é no sentido de que, após a promulgação da CF/88, veda-se a criação de Tribunais de Contas Municipais. No entanto, os que existiam à época deverão permanecer em funcionamento. Foi o que aconteceu, por exemplo, com os Tribunais de Contas dos Municípios

do Rio de Janeiro (constituído em 23.10.1980) e de São Paulo (TCM/SP, criado pela Lei n. 7.213, de 20.11.1968, composto, a título de curiosidade, por **5** Conselheiros).

Os Tribunais de Contas Municipais (onde houver) e Estaduais também auxiliarão o Legislativo (Câmara Municipal) a exercer o controle das contas do Executivo.

Na hipótese de auxílio a ser prestado à Câmara dos Vereadores pelo Tribunal de Contas Estadual, o STF vem entendendo a possibilidade de ser instituído no Município um Tribunal de Contas que, muito embora atue naquele Município específico como o Tribunal de Contas daquela localidade, é órgão Estadual. Nesse sentido:

> "EMENTA: Municípios e Tribunais de Contas. A Constituição da República impede que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais (CF, art. 31, § 4.º), mas permite que os **Estados-membros**, mediante **autônoma deliberação, instituam órgão estadual denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios** (*RTJ* 135/457, Rel. Min. Octavio Gallotti — ADI 445/DF, Rel. Min. Néri da Silveira), incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, § 1.º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios — embora qualificados como **órgãos estaduais** (CF, art. 31, § 1.º) — **atuam, onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores**. A prestação de contas desses Tribunais de Contas dos Municípios, que **são órgãos estaduais** (CF, art. 31, § 1.º), há de se fazer, por isso mesmo, perante o Tribunal de Contas do próprio Estado, e não perante a Assembleia Legislativa do Estado-membro. Prevalência, na espécie, da competência genérica do Tribunal de Contas do Estado (CF, art. 71, II, c/c o art. 75)" (ADI 687, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.02.95, Plenário, *DJ* de 10.02.2006).

O controle externo das contas do Prefeito será realizado pela **Câmara Municipal**, auxiliada pelo Tribunal de Contas Municipal — TCM (onde houver) ou pelo Tribunal de Contas Estadual (se inexistir, naquele Município, o municipal) ou por eventual Tribunal de Contas **do** Município, instituído para funcionar naquela localidade, apesar de órgão estadual.

O Tribunal de Contas, nos termos do art. 31, § 2.º, emitirá **parecer técnico prévio** sobre as contas prestadas anualmente pelo Prefeito, podendo ser rejeitado pela Câmara Municipal pelo voto de **2/3** de seus membros.

Aqui, o parecer emitido pelo Tribunal de Contas no controle das contas do **Prefeito** é muito particular e diferente da regra para o controle das contas dos *Governadores* e do *Presidente da República*.

Isso porque, no âmbito do controle das contas municipais a presunção é no sentido da validade do parecer, da sua natural prevalência, já que, para não produzir efeitos, terá que ser derrubado pelo *quorum* qualificado de 2/3 de seus membros.

Fazendo o contraponto, em relação à apreciação das contas dos Governadores e do Presidente da República os pareceres serão, em contrapartida, meramente **opinativos**.

■ 9.15.5. Ministério Público Especial (art. 130)

E os membros do MP junto ao Tribunal de Contas devem pertencer a carreira específica ou podem ser "aproveitados" da carreira do Ministério Público?

O STF já decidiu que "... somente o **Ministério Público especial** tem legitimidade para atuar junto às Cortes de Contas dos Estados-membros, e que a organização e a composição destas se submetem ao modelo jurídico estabelecido na Constituição Federal, de observância obrigatória pelos Estados-membros..." (**ADI 3.192/ES**, Rel. Min. Eros Grau, j. 24.05.2006, cf. *Inf. 428/STF*). Assim, não se admitiu que membros do MP estadual fossem "aproveitados" para atuar junto ao TCE. Reforçou-se a ideia de estabelecimento de carreira específica do **MP especial** junto ao Tribunal de Contas.

A matéria está bastante pacificada,[132] portanto, pode-se afirmar que os Procuradores das Cortes de Contas são a elas ligados apenas **administrativamente** e **sem qualquer vínculo com o Ministério Público comum**.

Assim, em interessante julgado, o STF entendeu que "a conversão automática dos cargos de Procurador do Tribunal de Contas dos Municípios para os de Procurador de Justiça — cuja investidura depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos" ofende os arts. 73, § 2.º, I; 130 e 37, II, da CF/88 (ADI 3.315, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.03.2008, *DJE* de 11.04.2008).

■ 9.16. QUESTÕES

■ 9.16.1. Do Poder Legislativo — Aspectos gerais (estrutura, atribuições, reuniões, comissões, imunidades, incompatibilidades e impedimentos, perda do mandato)

1. (OAB/103.º) O Poder Legislativo dos Estados é constituído sob o regime:[133]

a) bicameral;
b) unicameral;
c) pluricameral;
d) multicameral.

Resposta: “b”. Art. 27, *caput.* O bicameralismo federativo é característica do Poder Legislativo Federal (duas Casas — Câmara dos Deputados e Senado Federal). O Legislativo estadual, distrital e municipal é unicameral.

2. (MP/81.º) Marque, dentre as opções que se seguem, a que não contém afirmativa incorreta sobre as comissões parlamentares de inquérito:

a) possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais e podem ser criadas mediante requerimento de qualquer membro da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
b) possuem poderes de investigação próprios das autoridades policiais e podem ser criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um quarto de seus membros;
c) possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais e podem ser criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros;
d) podem ser criadas por determinação da presidência de qualquer das Casas do Congresso Nacional ou por requerimento de um quarto de seus membros para a apuração de fato determinado;
e) podem ser criadas, independentemente de requerimento de qualquer parlamentar, mediante determinação da Mesa de qualquer das Casas do Congresso Nacional, ou por solicitação do Presidente da República, para a apuração de fato determinado.

Resposta: “c”. Art. 58, § 3.º.

3. (OAB/111.º) As Comissões Parlamentares de Inquérito estão constitucionalmente autorizadas a:

a) determinar a prisão preventiva dos infratores, nos termos da lei processual penal, pois possuem os mesmos poderes da autoridade judicial;
b) solicitar o depoimento de qualquer autoridade ou cidadão, pois possuem os mesmos poderes investigatórios da autoridade judicial;
c) determinar a quebra de sigilo bancário, pois possuem os mesmos poderes investigatórios da autoridade policial;
d) promover a responsabilização civil e criminal dos infratores.

Resposta: “b”. Art. 58, § 3.º Analisemos as outras alternativas: a letra “a” está errada, já que a única hipótese de prisão a ser decretada pela CPI é a em flagrante delito; a letra “c”, muito embora traga uma afirmação correta, qual

seja, ter a CPI o poder de decretar a quebra de sigilo bancário, o erro está em dizer que os seus poderes serão os mesmos da autoridade policial, já que, como vimos, os poderes de investigação são próprios da autoridade judicial; o erro da letra “d” está em dizer que a CPI promoverá a responsabilização. Como estudamos, a CPI investiga. Suas conclusões serão encaminhadas ao MP para que este promova a responsabilização civil ou criminal dos infratores.

4. (Agente Legislativo de Serviços Técnicos e Administrativos ALESP — FCC 2010) As Comissões Parlamentares de Inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no Regimento Interno, serão criadas mediante requerimento

a) de, no mínimo, um terço dos membros da Assembleia Legislativa.
b) da maioria simples dos membros da Assembleia Legislativa.
c) de, no mínimo, três quintos dos membros da Assembleia Legislativa.
d) da maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa.
e) de, no mínimo, dois terços dos membros da Assembleia Legislativa.

Resposta: “a”. Conforme vimos na parte teórica, há que se observar a simetria do modelo federal, previsto no art. 58, § 3.º, CF/88.

5. (Procurador da AL/ES — CESPE/UnB/2011) No que se refere ao Poder Legislativo, assinale a opção correta:

a) Segundo posicionamento do STF, por força do princípio da simetria, as CPIs estaduais têm poderes para quebrar sigilo bancário de seus investigados, independentemente de ordem judicial.
b) O mandato dos membros das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal é de dois anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, regra, segundo o STF, de reprodução obrigatória para os estados-membros no âmbito das respectivas assembleias legislativas.
c) A existência de procedimento penal investigatório em trâmite no Poder Judiciário impede a realização de atividade investigatória por CPI quando os objetos são correlatos, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.
d) O STF considera constitucional regra estabelecida no âmbito da assembleia legislativa de estado que reconheça como requisito para a instauração de CPI, além de um terço de assinaturas dos membros, a aprovação do pedido pela maioria absoluta do plenário da assembleia legislativa.
e) Em caso de urgência ou interesse público relevante, a convocação extraordinária do Congresso Nacional poderá decorrer de requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, hipótese em que será dispensada a aprovação do pedido de convocação pelos membros do

Congresso Nacional, já que a própria maioria dos referidos membros a terá solicitado.

Resposta: "a". Cf. parte teórica.

6. (MP/80.º/SP) Em consonância com a CF, a renúncia de deputado submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, em decorrência de procedimento declaratório incompatível com o decoro parlamentar:

a) produzirá efeitos desde logo porque a Mesa da Casa Legislativa não tem atribuição para impedir-lhe a imediata eficácia;
b) terá seus efeitos suspensos até que a perda do mandato seja decidida pela maioria absoluta dos integrantes da Câmara, em votação secreta, em face de representação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa;
c) produzirá efeitos desde logo se não houver processo judicial em tramitação tendo por objeto o mesmo fato determinante da renúncia;
d) terá seus efeitos suspensos caso tenha sido apresentado no período de recesso parlamentar;
e) produzirá efeitos desde logo, porque a renúncia é ato unilateral de vontade.

Resposta: "b". Art. 55, §§ 2.º e 3.º.

7. (OAB/118.º/SP) O Deputado Federal que, após sua diplomação, incorre na prática de homicídio qualificado:

a) poderá ser processado, desde que haja licença prévia concedida pela maioria dos membros da Câmara dos Deputados;
b) poderá ser processado, desde que haja licença prévia concedida pela maioria dos membros do Congresso Nacional;
c) não poderá ser processado, pois goza de imunidade material;
d) poderá ser processado, independentemente de licença da Câmara dos Deputados.

Resposta: "d". Regra nova trazida pela EC n. 35/2001, nos termos do art. 53, § 3.º.

8. (OAB/119.º/SP) A Câmara Municipal que utilizar mais de 70% de sua receita com folha de pagamento dará ensejo à:

a) intervenção do Estado-membro no Município;
b) responsabilização do Presidente da Câmara Municipal pela prática de crime de responsabilidade;
c) responsabilização dos Vereadores pela prática de improbidade administrativa;
d) obstrução do repasse de receitas da União para o Município.

Resposta: “b”. Regra nova trazida pela EC n. 25/2000, nos termos do art. 29-A, §§ 1.º e 3.º.

9. (X Concurso Juiz do Trabalho — 14.ª Região — Rondônia e Acre) Determinado Estado da Federação tem representação de 68 Deputados na Câmara dos Deputados. De acordo com as disposições constitucionais sobre a matéria, quantos Deputados à Assembleia Legislativa haverá?

a) 96 deputados;
b) 84 deputados;
c) 92 deputados;
d) 76 deputados;
e) 70 deputados.

Resposta: “c”. Art. 27, *caput*, nos seguintes termos: “o número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze”. Conforme vimos na parte teórica, para Estados com representação na CD acima de 12 membros, a fórmula será a seguinte: $y = (x - 12) + 36$, em que y = número de Deputados Estaduais e x = número de Deputados Federais. A fórmula, para facilitar, pode ser assim resumida: $y = x + 24$, em que y = número de Deputados Estaduais e x = número de Deputados Federais (quando forem acima de 12).

10. (TJMG — EJEF/2008) As imunidades parlamentares — material e formal — constituem garantia significativa para o exercício do mandato concedido pelo povo aos integrantes do Poder Legislativo:

a) As imunidades podem ser objeto de renúncia.
b) A imunidade parlamentar material obsta a propositura de ação penal ou indenizatória contra o membro do Poder Legislativo pelas opiniões, palavras e votos que proferir e exige relação de pertinência com o exercício da função.
c) A imunidade parlamentar formal somente garante ao integrante do Poder Legislativo a impossibilidade de ser ou de permanecer preso.
d) A imunidade parlamentar material será aplicável somente nos casos em que a manifestação do pensamento ocorrer dentro do recinto legislativo.

Resposta: “b”.

11. (Procurador do Estado do Amazonas/FCC/2010) O Deputado Federal ou Senador pego em flagrante durante prática de crime:

a) poderá ter sua prisão decretada, independentemente de o crime ser inafiançável ou não.
b) poderá ter sua prisão decretada, apenas se o crime for inafiançável.

c) não poderá ser denunciado judicialmente, salvo mediante prévia autorização da Casa legislativa respectiva.
d) poderá ser denunciado judicialmente ao Superior Tribunal de Justiça, independentemente de autorização da Casa legislativa respectiva.
e) somente poderá perder o cargo em razão do crime, por decisão judicial transitada em julgado, independentemente de manifestação da Casa legislativa respectiva.

Resposta: "b", de acordo com o art. 53, § 2.º. Assim, esse é o motivo do erro da letra "a". A letra "c" está errada, já que uma das novidades da EC n. 35/2001 foi a possibilidade de instauração do processo, independentemente de autorização da Casa legislativa (cf. art. 53, § 3.º). A letra "d" está errada, na medida em que os Parlamentares Federais têm por prerrogativa de foro o STF, e não o STJ (art. 53, § 1.º). A letra "e" está errada por violar o art. 55, VI, e seu § 2.º, que exigem a manifestação da Casa pelo voto secreto e maioria absoluta para perda do mandato.

12. (50.º Concurso para MP/MG — 2010) Consoante o que dispõe o texto constitucional de 1988 em vigor, assinale a afirmativa CORRETA:

a) Os subsídios do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais serão fixados por lei de iniciativa do Poder Executivo, observado o que dispõem os arts. 37, IX, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I.
b) Os subsídios dos Secretários Municipais serão fixados por lei de iniciativa do Poder Executivo, observado o que dispõem os arts. 37, IX, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I.
c) O subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe a Constituição.
d) O subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, por lei de iniciativa do Poder Executivo, observado o que dispõe a Constituição.

Resposta: "c", cf. art. 29, VI. A letra "a" está errada porque viola o art. 29, V, já que a lei é de iniciativa da Câmara Municipal. Em igual sentido, a letra "b" está errada por violar o art. 29, V. A letra "d", por sua vez, está errada por violar o art. 29, VI.

13. (Exame da OAB Unificado 2010.2 — FGV) O Congresso Nacional e suas respectivas Casas se reúnem anualmente para a atividade legislativa. Com relação ao sistema constitucional brasileiro, assinale a alternativa correta.

a) Legislatura: o período compreendido entre 2 de fevereiro a 17 de julho e 1.º de agosto a 22 de dezembro.
b) Sessão legislativa: os quatro anos equivalentes ao mandato dos parlamentares.
c) Sessão conjunta: a reunião da Câmara dos Deputados e do Senado

Federal destinada, por exemplo, a conhecer do veto presidencial e sobre ele deliberar.

d) Sessão extraordinária: a que ocorre por convocação ou do Presidente do Senado Federal ou do Presidente da Câmara dos Deputados ou do Presidente da República e mesmo por requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas para, excepcionalmente, inaugurar a sessão legislativa e eleger as respectivas mesas diretoras.

Resposta: "c", conforme art. 57, § 3.º, IV. A letra "a" está errada, pois houve a conceituação de sessão legislativa ordinária, prevista no art. 57. A letra "b" está errada, pois conceituou legislatura (vejam que eles inverteram os conceitos nas letras "a" e "b"). A letra "d" está errada, pois a regra de convocação extraordinária prevista no art. 57, § 6.º, II, é na hipótese de urgência ou interesse público relevante, sem que se restrinja a uma única exceção, como afirma a alternativa.

■ 9.16.2. Tribunal de Contas

1. (OAB/106.º) O controle externo das contas do Chefe do Poder Executivo é função:

a) das Câmaras Municipais, nos Municípios, com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas;
b) dos Tribunais de Contas, sujeito à prévia apreciação do Poder Legislativo;
c) exclusiva do Poder Judiciário;
d) de natureza jurisdicional, em face de caber ao Congresso Nacional suscitar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o seu poder regulamentar.

Resposta: "a". Art. 31.

2. (OAB/111.º) Um cidadão, sabendo que o prefeito de sua cidade está cometendo irregularidades ou ilegalidades na administração do dinheiro público:

a) deve fazer parte de uma associação ou sindicato para ter legitimidade para denunciá-lo perante o Tribunal de Contas competente;
b) pode apenas denunciá-lo perante o Ministério Público;
c) pode denunciá-lo perante o Tribunal de Contas competente;
d) não terá legitimidade para denunciá-lo perante o Tribunal de Contas.

Resposta: "c". De acordo com o art. 74, § 2.º, da CF, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas. Em âmbito federal, o procedimento é regulamentado pela Lei n. 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). De acordo com o art. 53, § 3.º, da referida Lei, a denúncia será apurada em caráter sigiloso, até que se comprove a sua procedência, e somente poderá ser arquivada após efetuadas

as diligências pertinentes, mediante despacho fundamentado do responsável. Como garantia e incentivo da denúncia popular, o art. 55, § 2.º, da Lei estabeleceu que o denunciante não se sujeitará a qualquer sanção administrativa, cível ou penal em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada má-fé.

3. (117.º/OAB/SP) São julgadas pelo Tribunal de Contas da União as contas:

a) do Governador do Distrito Federal;
b) do Presidente da República;
c) dos Governadores de Estado;
d) dos Superintendentes de Autarquias Federais.

Resposta: "d". Cuidado! Muitos erraram esta questão, respondendo como certa a letra "b". Como enfatizamos na parte teórica, as contas do Presidente da República (controle externo) são julgadas pelo Congresso Nacional, com o auxílio do TCU! Cf. arts. 70 e 71, I e II, da CF/88 (o inc. I fala em "apreciar", e o inc. II, em "julgar").

4. (Magistratura/174.º) Ante a expressão "julgar as contas" (art. 71, II, da Constituição Federal), as decisões dos Tribunais de Contas são:

a) jurisdicionais;
b) homologatórias;
c) políticas;
d) administrativas.

Resposta: "d". José Afonso da Silva, ao comentar o art. 71, II, destacou: "... não se trata de função jurisdicional, pois não julga pessoas nem dirime conflitos de interesses, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas" (Curso..., 20. ed., p. 731).

5. (OAB/119.º) Tem o Tribunal de Contas da União competência para punir particulares?

a) Sim, em casos de prestação de contas em que venha a concorrer para a prática de atos danosos ao erário;
b) Não, porque a relação jurídica que se impõe entre a União e um particular é sempre de direito privado, e não de direito público;
c) Sim, desde que ajuíze ação civil indenizatória;
d) Não, porque o TCU só tem tutela hierárquica sobre os servidores públicos.

Resposta: "a". Arts. 70, parágrafo único, e 71, II e VIII, da CF; arts. 57 e s. da Lei n. 8.443/92; STF, *RTJ* 160/448 e a jurisprudência do TCU (julgados disponíveis em: <http://www.tcu.gov.br>).

6. (Advogado Júnior Petrobras — Cesgranrio/2008) Segundo

disposição constitucional expressa, as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, das quais resulte imputação de débito ou multa,

a) terão eficácia de título executivo.
b) deverão ser validadas pelo Congresso Nacional.
c) serão encaminhadas ao Congresso Nacional para as providências relativas a sua cobrança.
d) serão encaminhadas ao Poder Executivo para as providências relativas a sua cobrança.
e) darão ensejo à propositura de processo de conhecimento perante o Poder Judiciário, como etapa necessária à cobrança.

Resposta: “a”. Art. 71, § 3.º, da CF/88.

7. (Analista Judiciário TRT 9.ª R. — Administrativa — FCC 2010) No que diz respeito à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, é certo que:

a) as Constituições estaduais e as leis orgânicas dos Municípios disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por onze Conselheiros.
b) o sindicato também é parte legítima, na forma da lei, para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.
c) compete ao Tribunal de Contas da União sustar a execução de ato impugnado, comunicando a decisão ao Poder Executivo e ao juiz competente.
d) as decisões dos Tribunais de Contas que resultem em imputação de débito ou multa não têm eficácia de título executivo por ser prerrogativa do Poder Judiciário.
e) o Tribunal de Contas da União encaminhará para a Câmara dos Deputados, semestralmente, o relatório de suas atividades e anualmente ao Ministério Público.

Resposta: “b”.

8. (Analista Técnico da SUSEP — ESAF 2010) As atribuições do Tribunal de Contas da União têm assento constitucional e é possível constatar alguns tipos de fiscalização a serem desempenhadas por aquela Corte de Contas. É correto afirmar que não é tipo de fiscalização:

a) o controle da legitimidade.
b) o controle da legalidade.
c) o controle de conveniência política e oportunidade administrativa.
d) o controle de resultados, de cumprimento de programa de trabalho e de

metas.

e) o controle de fidelidade funcional dos agentes da Administração responsável por bens e valores públicos.

Resposta: “c”.

9. (Técnico Judiciário — área administrativa — TRT/9.ª Região) A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e de suas entidades, exercida pelo Congresso Nacional e por parte de cada Poder NÃO abrange aspectos de

a) economicidade.
b) aplicação de subvenções.
c) instituição de tributos.
d) legitimidade.
e) renúncia de receitas.

Resposta: “c”. Art. 70, *caput*, CF/88.

10. (Procurador do Estado do Amazonas/FCC/2010) Nos termos da Constituição Federal, NÃO se encontra entre as atribuições do Tribunal de Contas da União:

a) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração indireta.
b) fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.
c) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidades de contas, as sanções previstas em lei.
d) assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.
e) sustar, independentemente de decisão do Congresso Nacional, a execução de contrato ilegalmente firmado pela administração direta ou indireta.

Resposta: “e”. Art. 71, incs. e §§ 1.º e 2.º.

11. (Auxiliar da Fiscalização Financeira/TCSP — FCC/2010) As decisões do Tribunal de Contas da União de que resulte imputação de débito ou multa:

a) só terão eficácia se confirmadas em posterior processo administrativo.
b) não terão qualquer eficácia, porque produzidas unilateralmente.
c) constituirão mero início de prova para propositura de ação de cobrança.
d) não terão qualquer eficácia, porque possuem mero conteúdo declaratório.
e) terão eficácia de título executivo.

Resposta: “e”. Art. 71, § 3.º.

12. (Auxiliar da Fiscalização Financeira/TCSP — FCC/2010) Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens

a) dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.
b) dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.
c) do Presidente da República.
d) dos Ministros de Estado.
e) dos membros do Congresso Nacional.

Resposta: "a". Art. 73, § 3.º.

13. (Procurador Jurídico da USP/FUVEST — 2011) Sobre o regime constitucional aplicável aos Tribunais de Contas, considere as assertivas abaixo:

I) Aos Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados é assegurada a garantia da vitaliciedade, sendo vedado decretar-lhes a perda do cargo, exceto por sentença judicial transitada em julgado.
II) As contas do Prefeito submetem-se a parecer prévio do Tribunal de Contas, que, diferentemente do exame das contas do Governador e do Presidente da República, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.
III) A exemplo dos Tribunais Superiores, o texto constitucional assegura iniciativa legislativa ao Tribunal de Contas da União para propor a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação do subsídio de seus membros.

Está correto o que se afirma em:

a) II, apenas.
b) I e II, apenas.
c) I, apenas.
d) II e III, apenas.
e) I, II e III.

Resposta: "e". Item I, cf. art. 73, § 3.º, c/c art. 75, *caput*. Item II, cf. art. 31, § 2.º. Item III, cf. art. 73, *caput*, c/c art. 96, II, "b", CF/88.

■ 9.16.3. Processo legislativo

1. (Magistratura/172.º) Se o Presidente da República vetar projeto de lei cuja votação foi concluída na Câmara dos Deputados, o veto:

a) será apreciado pela Casa em que a votação do projeto teve início, no prazo de quinze dias contados do seu recebimento;
b) será apreciado em sessão da Casa onde a votação foi concluída, no prazo de quinze dias contados do seu recebimento;
c) será apreciado pelo Senado Federal, no prazo de trinta dias contados do seu recebimento;
d) será apreciado em sessão conjunta das duas Casas do Congresso

Nacional, no prazo de trinta dias contados do seu recebimento.

Resposta: “d”. Art. 66, § 4.º.

2. (Magistratura MG — 2004-2005) A iniciativa popular aplica-se a:

a) proposta de emenda à Constituição.
b) projeto de lei de iniciativa reservada.
c) projeto de lei complementar.
d) projeto de resolução.
e) projeto de decreto legislativo.

Resposta: “c”. Art. 61, § 2.º, da CF/88, apenas lembrando a discussão e remetendo o leitor para a parte teórica, no tocante à PEC e aos projetos de iniciativa reservada do Presidente da República previstos no art. 61, § 1.º. A pergunta poderia ter sido mais bem formulada, nos seguintes termos, com todo o respeito: “A iniciativa popular, expressamente prevista na CF/1988, aplica-se a:”.

3. (Magistratura MG — 2003 — prova escrita) A iniciativa popular aplica-se às propostas de emenda à Constituição?

Resposta: vide parte teórica, item9.13.3.4.4.

4. (OAB/113.º) Trabalhadores de um ente estatal em fase de privatização, pretendendo emendar a Constituição Federal para proibir a alienação daquele ente, e não contando com o interesse do Presidente da República, nem do Senado Federal para a iniciativa da proposta de Emenda, devem conseguir, para tal objetivo, o apoio de, no mínimo, um terço:

a) dos membros da Câmara dos Deputados;
b) das Assembleias Legislativas dos Estados-Membros;
c) das Câmaras Municipais de um Estado-Membro;
d) do Congresso Nacional.

Resposta: “a”. Trata-se de um dos legitimados concorrentes (iniciativa concorrente) para deflagrar o processo legislativo de emendas à Constituição (art. 60, I, da CF). Só para fixar, é importante que saibam, para as provas, os outros legitimados: a) 1/3, no mínimo, dos membros do SF (art. 60, I); b) o Presidente da República (art. 60, II); c) mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, III).

5. (OAB/118.º) Quanto à iniciativa de projeto de lei do Superior Tribunal de Justiça, pode-se afirmar que:

a) terá início na primeira sessão conjunta da Câmara e do Senado Federal, para aprovação em única votação:

b) terá início no Senado Federal;
c) terá início na Câmara dos Deputados;
d) o STJ não tem competência para iniciativa de lei.

Resposta: “c”. Art. 64, *caput*, da CF/88. A Câmara dos Deputados é, portanto, a Casa iniciadora e o Senado Federal, a Casa revisora, respeitando, dessa forma, o princípio do bicameralismo federativo.

6. (DP/RO/2007 — FJPF) Lei complementar que trate de normas gerais para a organização da Defensoria Pública do Estado é da iniciativa privativa do seguinte órgão:

a) Senado Federal;
b) Governo do Estado;
c) Congresso Nacional;
d) Assembleia Legislativa;
e) Presidência da República.

Resposta: “e”. Art. 61, § 1.º, II, “d”.

7. (TJ DF/2006) Em relação ao processo legislativo, assinale a alternativa correta:

a) As leis que dispõem sobre matéria tributária federal relativa ao imposto de renda de pessoas jurídicas são de iniciativa do Presidente da República.
b) O veto presidencial é ato irretratável. Em relação a uma dada lei enviada à sanção, o presidente pode usá-lo uma só vez e, uma vez usado e comunicado ao Presidente do Senado Federal, não pode arrepender-se e requisitar o projeto de lei para sancioná-lo.
c) Não é possível a edição de medida provisória sobre matérias reservadas à lei complementar, salvo se a aprovação por cada uma das Casas do Congresso Nacional se der por maioria absoluta.
d) De acordo com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, emenda à Constituição estadual, apresentada por 3/5 (três quintos) dos Deputados Estaduais, pode disciplinar diretamente matérias reservadas à iniciativa legislativa privativa do Poder Executivo.

Resposta: “b”.

8. (Magistratura — RR/FCC/2008) Projeto de lei ordinária de iniciativa do Presidente da República, visando à criação de cargos e empregos públicos na administração direta e autárquica federal, tramita em regime de urgência, em atendimento à solicitação do próprio Chefe do Poder Executivo federal. Nessa hipótese:

a) o projeto de lei não deveria submeter-se a procedimento de urgência, pois a Constituição impede que o Presidente da República a solicite em proposições de sua iniciativa.
b) terão as Casas do Congresso Nacional o prazo de quarenta e cinco dias,

cada qual, para se manifestar sobre a proposição, sob pena de sobrestamento das demais deliberações legislativas da Casa respectiva, exceto as que tenham prazo constitucional determinado, até o fim da votação.

c) padece o projeto de lei de vício de iniciativa, uma vez que não dispõe o Presidente da República de legitimidade para a apresentação de proposições que visem à criação de cargos e empregos públicos na administração autárquica federal.
d) a matéria sobre a qual versa a proposição legislativa é reservada à lei complementar, sendo por essa razão o projeto de lei incompatível com a Constituição da República.
e) a discussão e votação do projeto de lei terão início no Senado Federal, por se tratar de proposição legislativa de iniciativa privativa do Presidente da República.

Resposta: "b". Art. 64, § 2.º, da CF/88. Lembrar a discussão no MS 27.931, no qual o Presidente da Câmara entendeu que não ficariam trancadas as matérias que, em tese, não poderiam ser objeto de MP, como, por exemplo, PEC (matéria pendente de julgamento pelo STF).

9. (OAB CESPE/UnB-2008) No que diz respeito à disciplina constitucional relativa ao processo legislativo, assinale a opção correta:

a) É da iniciativa reservada do STJ a lei complementar sobre o Estatuto da Magistratura.
b) O presidente da República dispõe de 48 horas para vetar um projeto de lei, contadas da data de seu recebimento, devendo, dentro de 24 horas, comunicar os motivos do veto ao presidente do Senado Federal.
c) A delegação legislativa é instituto de índole excepcional, devendo ser solicitada pelo presidente da República ao Congresso Nacional.
d) O presidente da República poderá solicitar urgência para votação de projetos de lei da iniciativa tanto de deputados federais quanto de senadores.

Resposta: "c".

10. (Defensoria Pública de São Paulo — FCC/2009) Em relação às cláusulas pétreas, considere as seguintes afirmações:

I. Tem como significado último prevenir a erosão da Constituição Federal, inibindo a tentativa de abolir o projeto constitucional deixado pelo constituinte.
II. A Emenda Constitucional 45, na parte que criou o Conselho Nacional de Justiça, violou, segundo julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, a cláusula pétrea da separação dos poderes.
III. Ao petrificar o voto cristalizou-se a impossibilidade do poder constituinte derivado excluir o voto do analfabeto ou do menor entre 16 e 18 anos.

IV. É possível que uma reforma constitucional crie novas cláusulas pétreas segundo entendimento pacífico da doutrina constitucional.
V. A mera alteração redacional de uma norma originária componente do rol de cláusulas pétreas não importa em inconstitucionalidade.
Estão corretas SOMENTE:
a) II, III e IV.
b) III, IV e V.
c) I, III e IV.
d) I, III e V.
e) I, IV e V.

Resposta: "b".

11. (AGU — CESPE/UnB-2010) No que se refere ao processo legislativo, julgue os itens subsequentes:

Nos projetos orçamentários de iniciativa exclusiva do Presidente da República são admitidas, em caráter excepcional, emendas parlamentares que impliquem aumento de despesas.

Resposta: "certo". Art. 63, I, c/c art. 166, §§ 3.º e 4.º.

12. (Analista Processual MPU — CESPE/UnB-2010) A administração pública, regulamentada no texto constitucional, possui princípios e características que lhe conferem organização e funcionamento peculiares. A respeito desse assunto, julgue os próximos itens:

Como decorrência do princípio da simetria e do princípio da separação dos poderes, as hipóteses de iniciativa reservada ao presidente da República, previstas na Constituição Federal, não podem ser estendidas aos governadores.

Resposta: "errado". Conforme visto na parte teórica, as hipóteses de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo federal devem, necessariamente, ser estendidas aos demais Chefes dos Executivos, no seu âmbito.

13. (XXXII MP/RJ — 2011) Quanto à proposta de emenda constitucional, é INCORRETO afirmar que:

a) será efetuada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República e de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
b) quando a matéria nela constante é rejeitada ou havida por prejudicada, não pode ser objeto de nova proposta na mesma legislatura.
c) não poderá ocorrer na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio;
d) não será objeto de deliberação aquela tendente a abolir a forma federativa

de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

e) será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros e será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Resposta: "b". *Letra "a"*, cf. art. 60, I (legitimados para o encaminhamento de PEC: decorem!). A *letra "b"* está errada, porque, nos termos do art. 60, § 5.º, a vedação é para o encaminhamento de nova proposta na mesma sessão legislativa (definida no art. 57), e não legislatura, que é o período de 4 anos e que corresponde ao mandato de um deputado federal (realmente, *pegadinha*!). A *letra "c"* encontra fundamento no art. 60, § 1.º. A *letra "d"* exige o conhecimento das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, I a IV: memorizem!). Finalmente, a *letra "e"* repete a literalidade do art. 60, §§ 2.º e 3.º.

14. (Analista Judiciário — TJ/ES — Direito — Área Judiciária — CESPE/UnB/2011) A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, estabelecia limitações de natureza temporal que não permitiram a reforma do texto constitucional durante certo intervalo de tempo.

Resposta: "errado".

15. (Analista Judiciário — Área Judiciária — TRT1/CESPE/UnB/2008) Em relação ao Poder Legislativo, assinale a opção correta:

a) O Senado Federal poderá conceder eficácia *erga omes* à decisão do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

b) A decretação de estado de sítio, por motivos de segurança nacional, implica a automática suspensão da imunidade parlamentar.

c) Em caso de guerra, a Câmara dos Deputados não pode recusar a convocação de parlamentar para as forças armadas.

d) A Câmara dos Deputados tem competência para iniciativa de lei que vise à fixação da remuneração de seus servidores, mas a matéria deve ir à sanção do presidente da República.

e) Compete ao Congresso Nacional a aprovação, com o *quorum* mínimo da maioria absoluta, do procurador-geral do Trabalho, pelo voto secreto, após arguição pública.

Resposta: "d". Cf. art. 51, IV.

■ 9.16.4. Espécies normativas

1. (OAB/112.º) Poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda

à Constituição que suprima:

a) o poder de veto do Presidente da República no processo legislativo;
b) a justiça desportiva;
c) o direito de impenhorabilidade da pequena propriedade rural;
d) as competências legislativas do Distrito Federal.

Resposta: "b". Art. 60, § 4.º, cláusulas pétreas. A supressão da justiça desportiva não fere nenhuma das cláusulas pétreas. A supressão do poder de veto do Presidente da República afrontaria a separação dos Poderes (art. 60, § 4.º, III). O direito de impenhorabilidade da pequena propriedade rural é direito e garantia individual (art. 60, § 4.º, IV). Por fim, a alternativa "d", caso aprovada por emenda, feriria a cláusula pétrea da forma federativa de Estado (art. 60, § 4.º, I).

2. (OAB/113.º) O ordenamento jurídico brasileiro permite a promulgação de Emenda Constitucional para tornar facultativo o voto para todos os cidadãos brasileiros e, posteriormente, a edição de Medida Provisória para regulamentar o artigo da Constituição Federal alterado pela Emenda Constitucional?

a) não, pois a Emenda Constitucional estará abolindo cláusula pétrea;
b) sim, pode ser promulgada a Emenda Constitucional, mas o artigo em questão não poderá ser regulamentado por Medida Provisória;
c) sim, tanto a Emenda Constitucional como a Medida Provisória têm amparo constitucional;
d) em termos, porque basta a Medida Provisória para tornar facultativo o voto.

Resposta: "b". Art. 60, § 4.º, c/c o art. 246 da CF. Essa questão muita gente errou! Tomem cuidado! Ser facultativo ou obrigatório o voto no Brasil não é cláusula pétrea. O que não poderá ser alterado por emenda, nos termos do art. 60, § 4.º, II, é o voto direto, secreto universal e periódico, nada tendo sido dito sobre a sua obrigatoriedade ou não. O candidato deveria ter-se lembrado, também, do art. 246 da CF, que veda a adoção de MP na regulamentação de artigo da CF cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1.º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001, data da promulgação da EC n. 32/2001, (cf. a nova redação dada ao referido art. 246 pela aludida emenda constitucional).

3. (OAB/112.º) Sobre a lei complementar e a lei ordinária, vale dizer que são:

a) distintas as matérias reservadas a cada uma delas, embora o *quorum* necessário para votação de ambas seja o mesmo;
b) distintos os legitimados para apresentação dos respectivos projetos de lei;
c) idênticos o *quorum* necessário para votação e as matérias reservadas a cada uma delas;
d) distintas as matérias reservadas a cada uma delas, embora o *quorum*

necessário para aprovação de ambas seja o mesmo.

Resposta: “a”. Art. 47 c/c os arts. 69 e 61, cf. exaustivamente visto na parte teórica. O *quorum* de votação (e aí melhor seria *quorum* de instalação da sessão de votação) é o mesmo, qual seja, o da maioria absoluta. O *quorum* de aprovação é distinto: a) lei ordinária: maioria simples; b) lei complementar: maioria absoluta. As matérias reservadas à LC estão taxativamente previstas na CF, enquanto as de lei ordinária ocupam um campo material residual.

4. (Magistratura/168.º) O Presidente da República poderá adotar medidas provisórias em caso de:

a) calamidade pública;
b) ameaça grave à ordem pública ou à paz social;
c) violação de direitos humanos;
d) relevância e urgência.

Resposta: “d”. Art. 62.

5. (Procurador do Estado MA/2003) Medida Provisória editada anteriormente à EC n. 32/2001 e ainda em vigência na data da promulgação dessa emenda, que modificou a disciplina da matéria na Constituição Brasileira de 1988:

a) é considerada automaticamente aprovada, convertendo-se em lei pela sanção do Presidente da República;
b) perde totalmente sua eficácia desde a edição da EC n. 32/2001, independentemente da matéria nela versada;
c) continua em vigor até que medida provisória ulterior a revogue expressamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional sobre a mesma;
d) tem apenas resguardados os efeitos produzidos constantes de decisão transitada em julgado;
e) tem expressamente resguardados apenas os direitos adquiridos dela decorrentes.

Resposta: “c”, de acordo com o art. 2.º da EC n. 32/2001.

6. (OAB/118.º) Em fevereiro de 2002, determinada matéria sobre meio ambiente é disciplinada em projeto de lei que é aprovado pelo Congresso Nacional, mas que aguarda a sanção ou o veto do Chefe do Executivo. Mesmo ciente de tal pendência, o Presidente da República, com base na relevância e urgência, expede Medida Provisória dispondo sobre a mesma matéria constante do referido projeto de lei. Em face das recentes alterações constitucionais, a Medida Provisória em questão deverá ser considerada:

a) constitucional, pois atende a todos os requisitos previstos na Constituição

Federal;
b) inconstitucional, pois é vedada a adoção de Medida Provisória sobre matéria ambiental;
c) inconstitucional, pois a "relevância" e a "urgência" não são mais pressupostos para adoção de Medida Provisória;
d) inconstitucional, pois é vedada a adoção de Medida Provisória que verse sobre matéria disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Resposta: "d". Regra nova trazida pela EC n. 32/2001, nos termos do art. 62, IV.

7. (OAB/118.º) A Medida Provisória que verse sobre telecomunicações e que tenha sido rejeitada pelo Congresso Nacional:

a) nunca poderá ser reeditada;
b) poderá ser reeditada na legislatura subsequente;
c) poderá ser reeditada na sessão legislativa subsequente;
d) poderá ser prorrogada pelo prazo máximo de 60 dias.

Resposta: "c". Regra nova trazida pela EC n. 32/2001. Conforme vimos, o art. 62, § 10, dispõe ser vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. Logo, *a contrario sensu*, pela literalidade da EC n. 32/2001, na sessão legislativa seguinte seria permitida a reedição da MP, inclusive se expressamente rejeitada. Não confundir sessão legislativa (reunião anual, em Brasília, do Congresso Nacional, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1.º de agosto a 22 de dezembro, nos termos do art. 57, *caput*, na redação dada pela EC n. 50/2006) com legislatura (período de 4 anos que corresponde ao mandato dos Deputados). Por fim, salvo melhor juízo, entendemos que a matéria da questão (telecomunicações) não poderia ser objeto de MP, nos termos do art. 2.º da EC n. 8/95. Assim, a aludida questão deveria ser anulada (quem tiver posicionamento em contrário, por favor, fique à vontade para enviar um *e-mail* para discussão!). Esse mesmo problema aconteceu no exame 119.º em relação à legislação que regulamenta a interceptação das comunicações telefônicas.

8. (MP/SE/02) Considere a hipótese de Resolução do Congresso Nacional delegar ao Presidente da República a elaboração de uma lei, especificando seu conteúdo, os termos de seu exercício e determinando a apreciação do projeto pelo Poder Legislativo. Nesse caso, o Congresso Nacional deliberará em:

a) duas votações, em cada uma das Casas, sendo permitidas emendas supressivas e aditivas;
b) duas votações das Casas reunidas, sendo vedada qualquer emenda;
c) duas votações das Casas reunidas, sendo permitidas somente as emendas

supressivas;
d) votação única, sendo permitidas somente as emendas supressivas;
e) votação única, sendo vedada qualquer emenda.

Resposta: "e". Art. 68, § 3.º, da CF/88. Lembrar que essa hipótese de apreciação pelo Congresso Nacional é facultativa, e que poderia ter sido dispensada na Resolução que delegou a atribuição para o Presidente da República elaborar a lei delegada.

9. (TJ/SC 2007) A respeito do processo de criação da MEDIDA PROVISÓRIA é correto afirmar:

a) A Emenda Constitucional n. 32, de 11/09/2001, modificou radicalmente o processo de tramitação da medida provisória para sua conversão em lei, impedindo, inclusive, sua prorrogação.
b) A regulamentação estabelecida na Emenda Constitucional n. 32/2001 se dirige àquelas medidas provisórias editadas antes e após sua promulgação.
c) A medida provisória tem a particularidade de nascer como diploma normativo pela tão só manifestação do Chefe do Executivo. A discussão é posterior. A aprovação converte a medida provisória em lei.
d) Se o projeto de lei de conversão da medida provisória alterar o seu texto, suspender-se-á imediatamente sua vigência.
e) A votação da medida provisória dar-se-á de forma conjunta pelas Casas do Congresso Nacional.

Resposta: "c".

10. (Delegado de Polícia/AC/CESPE/UnB-2008) Considere que seja editada uma lei federal determinando que são penalmente imputáveis os maiores de 16 anos. Essa lei seria incompatível com a Constituição Federal.

Resposta: "certo".

11. (Magistratura — TJ/SC 2009) Assinale a alternativa INCORRETA no tocante ao instituto da medida provisória:

a) Dentre outras hipóteses, é defeso editá-la sobre matéria já disciplinada em projeto de lei pendente de sanção ou veto.
b) Cumpre ao Poder Legislativo disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas decorrentes de sua não conversão em lei.
c) É vedada sua reedição, na mesma legislatura, se rejeitada ou tornada ineficaz por decurso de prazo.
d) Urgência e relevância são pressupostos para sua adoção.
e) Perderá sua eficácia se não convertida em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, uma vez, por igual período.

Resposta: “c”. Nos termos do art. 62, § 10, é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. Legislatura é o período de 4 anos que corresponde ao mandato de um Deputado. Sessão legislativa está definida no art. 57.

12. (87.º/MP/SP 2010) Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos (3/5) dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes:

a) às emendas constitucionais.
b) às leis complementares.
c) às leis ordinárias.
d) às leis delegadas.
e) aos decretos legislativos.

Resposta: “a”. Art. 5.º, § 3.º.

[1] O número mínimo de Deputados Estaduais será 24, já que o número mínimo de Deputados Federais é 8, nos termos do art. 45, § 1.º, da CF/88.

[2] Esta pergunta, por incrível que pareça, caiu no *X Concurso de Juiz do Trabalho da 14.ª Região — Rondônia e Acre* (*vide* questões ao final deste capítulo, *item 9.16*). Então, amigos concurseiros, vejam que, muitas vezes, um pequeno detalhe faz a diferença..., apesar de, em nosso entender, esse tipo de questão não medir o verdadeiro conhecimento. A fórmula para o sucesso? Muito estudo! Mas estudo estratégico! Isso significa que fazer questões de provas do concurso almejado e de outros pode orientar e encurtar a caminhada! Muito sucesso e contem comigo!

[3] O número máximo de Deputados Estaduais será de 94, já que o número máximo de Deputados Federais é de 70, nos termos do art. 45, § 1.º, da CF/88.

[4] Assim, por curiosidade, fazendo uma conta rápida, se o subsídio máximo dos Deputados Estaduais corresponde a 75% do subsídio em espécie dos Deputados Federais, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a **56,25%** do subsídio em espécie fixado para os Deputados Federais.

[5] Para as provas, recomendamos a leitura atenta dos arts. 48 e 49.

[6] Entenda-se por **povo** os brasileiros natos e naturalizados descritos no art. 12 da CF/88. Confira a importante novidade trazida pela EC n. 54/2007 e apresentada no *item 16.3*.

[7] **População** corresponde ao povo (brasileiros natos e naturalizados), juntamente com os estrangeiros e os apátridas.

[8] A Lei Complementar n. 78/93 fixa o número de Deputados Federais em 513.

[9] Muito embora o texto da Constituição fale em competência privativa, tecnicamente, melhor seria se tivesse dito **competência exclusiva**, em razão de sua **indelegabilidade**.

[10] Muito embora o texto da Constituição fale em competência privativa, tecnicamente, melhor seria se tivesse dito **competência exclusiva**, em razão de sua **indelegabilidade**.

[11]**Art. 57, § 2.º:** "o subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, na razão de, no máximo, 75% daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4.º, **57, § 7.º**, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I".

[12] Art. 32, § 3.º: "Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no **art. 27**".

[13] No tocante aos parlamentares estaduais, o STF já se posicionou: "A remissão expressa do art. 27, § 2.º, da Constituição da República ao seu art. 57, § 7.º, estende aos deputados estaduais a proibição de percepção de qualquer parcela indenizatória a título de convocação extraordinária. Os termos da proibição taxativamente fixada pela Constituição brasileira e sua imposição também aos deputados estaduais e o contido na parte final do § 9.º do art. 99, alterado pela EC paraense 47/2010, único objeto da modificação processada por este instrumento legal, conduzem à conclusão, pelo menos neste exame inicial e precário, de contrariedade impeditiva da aplicação da nova regra constitucional estadual, o que leva à sua suspensão cautelar pelo Plenário deste Supremo Tribunal" (**ADI 4.509-MC**, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07.04.2011, Plenário, *DJE* de 25.05.2011 — **mérito da matéria pendente de julgamento**).

[14]*Curso de direito constitucional positivo*, p. 449.

[15] O art. 74 do Regimento Interno do Senado Federal, só para dar um exemplo, estabelece que as **comissões temporárias** serão: *a*) **internas** — as previstas no Regimento para finalidade específica; *b*) **externas** — destinadas a representar o Senado em congressos, solenidades e outros atos públicos; *c*) **parlamentares de inquérito** — criadas nos termos da Constituição, art. 58, § 3.º. A CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) será estudada em tópico separado.

[16] Por exemplo, o art. 148 do Regimento Interno do Senado Federal estabelece que, no exercício das suas atribuições, a comissão parlamentar de inquérito terá poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, facultada a realização de diligências que julgar necessárias; podendo convocar Ministros de Estado,

tomar o **depoimento de qualquer autoridade**, **inquirir testemunhas**, sob compromisso, **ouvir indiciados**, **requisitar** de órgão público **informações** ou **documentos de qualquer natureza**, bem como **requerer** ao **Tribunal de Contas da União** a realização de **inspeções** e **auditorias** que entender necessárias. Confira, ainda, o art. 36 do *RICD*.

[17] Conforme ponderou o Ministro Celso de Mello, "com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito — enquanto depositária desses elementos informativos — a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. Constitui conduta altamente censurável — com todas as consequências jurídicas (inclusive aquelas de ordem penal) que dela possam resultar — a transgressão, por qualquer membro de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever jurídico de respeitar e de preservar o sigilo concernente aos dados a ela transmitidos. Havendo justa causa — e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos, seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3.º, da Constituição, seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse social — a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configurará situação de ilicitude, muito embora traduza providência revestida de **absoluto grau de excepcionalidade**" (MS 23.452/RJ, Min. Celso de Mello, *DJ* de 12.05.2000, p. 20, *Ement*. v. 1990-01, p. 86). *Vide*, ainda, MS 23.880/DF, Min. Celso de Mello, *DJU* de 07.02.2001.

[18] De acordo com o art. 192, CF/88, o **sistema financeiro nacional**, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, **será regulado por leis complementares** que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

[19] "A **condição de testemunha não afasta a garantia constitucional do direito ao silêncio** (CF, art. 5.º, LXIII: 'o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado'). Com esse entendimento, o Tribunal, confirmando a liminar concedida, deferiu *habeas corpus* para assegurar ao paciente — inicialmente convocado à CPI do Narcotráfico como indiciado —, na eventualidade de retornar à CPI para prestar depoimento, **ainda que na condição de testemunha**, o

direito de recusar-se a responder perguntas quando impliquem a possibilidade de **autoincriminação**. HC 79.589-DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, 05.04.2000" (*Inf. 184/STF* — original sem grifos).

[20] "As Comissões Parlamentares de Inquérito **não podem determinar a busca e apreensão domiciliar**, por se tratar de ato sujeito ao **princípio constitucional da reserva de jurisdição**, ou seja, ato cuja prática a CF atribui com **exclusividade aos membros do Poder Judiciário** (CF, art. 5.º, XI: 'a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial'). Com base nesse entendimento, o Tribunal deferiu mandado de segurança contra ato da CPI do Narcotráfico que ordenara a busca e apreensão de documentos e computadores na residência e no escritório de advocacia do impetrante — para efeito da garantia do art. 5.º, XI, da CF, o conceito de casa abrange o local reservado ao exercício de atividade profissional —, para determinar a imediata devolução dos bens apreendidos, declarando ineficaz a eventual prova decorrente dessa apreensão. Ponderou-se, ainda, que o fato de ter havido autorização judicial para a perícia dos equipamentos apreendidos não afasta a ineficácia de tais provas, devido à ilegalidade da prévia apreensão. Precedente citado: MS 23.452-RJ (*DJU* 12.05.2000, *v*. Transcrições dos *Informativos* 151 e 163)" (*Inf. 212/STF*).

[21]*Comissões Parlamentares de Inquérito*, Edições Paloma — Complexo Jurídico Damásio de Jesus, p. 24. Nesse sentido a jurisprudência do STF: "As Comissões Parlamentares de Inquérito — CPI têm poderes de investigação vinculados à produção de elementos probatórios para apurar fatos certos e, portanto, **não podem decretar medidas assecuratórias para garantir a eficácia de eventual sentença condenatória (CPP, art. 125), uma vez que o poder geral de cautela de sentenças judiciais só pode ser exercido por juízes**. Com esse entendimento, o Tribunal deferiu mandado de segurança para tornar sem efeito ato do Presidente da chamada CPI dos Bancos que decretara a indisponibilidade dos bens dos impetrantes. Precedente citado: MS 23.452-DF (*DJU* de 8.6.99. Leia o inteiro teor da decisão na seção de Transcrições do *Informativo* 151). MS 23.446-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, 18.8.99" (*Inf. 158/STF*). *Vide*, também, *Inf. 170/STF*. Cf. **Lei n. 11.435, de 28.12.2006**, que altera os arts. 136, 137, 138, 139, 141 e 143 do CPP, para substituir a expressão "sequestro" por "arresto", com os devidos ajustes redacionais.

[22] E. P. de Oliveira, *Curso de processo penal*, 12. ed., p. 347.

[23]*Elementos de direito constitucional,* p. 129.

[24] Convém salientar, a título de curiosidade, que a referida **PEC** teve início no Senado Federal, sendo substancialmente alterada na Câmara dos Deputados. A nova redação dada pela CD foi aprovada em dois turnos no SF por unanimidade (74 votos em primeiro turno — 18.12.2001 e 67 votos em segundo turno — 19.12.2001), tendo sido promulgada em 20.12.2001. Assim, ao que se percebe, através do **Requerimento n. 758/2001**, de autoria do Senador Ramez Tebet, solicitando a dispensa de interstício e prévia distribuição de avulsos do parecer sobre a matéria, foi alterado o calendário regimental de tramitação da **PEC**. Em virtude do novo regime, em 17.12.2001, o Senador Jefferson Péres (PDT-AM) ajuizou no STF o MS 24.154-3, com pedido de liminar, contra ato da Presidência do Senado Federal, alegando que os prazos regimentais de tramitação da PEC foram desrespeitados. O Ministro Relator Nelson Jobim negou seguimento ao referido MS entendendo tratar-se de matéria *interna corporis,* não podendo o Judiciário apreciá-la.

[25] Nesse sentido posicionou-se o STF, analisando as novas regras da EC n. 35/2001, cf. **Inq. 1.710/DF**, Rel. Min. Sydney Sanches, *Inf. 258/STF,* 25.02.2002 a 1.º.03.2002.

[26] Damásio assevera que o *caput* do art. 53 da CF/88 "... prevê a imunidade parlamentar material ou penal em relação aos denominados delitos de opinião, segundo a qual, aplicada a teoria da imputação objetiva, a conduta do Senador ou Deputado Federal, constitucionalmente permitida, e o resultado eventualmente produzido são atípicos" (Damásio de Jesus, *Imunidade parlamentar processual — nova trapalhada legislativa,* São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, fev. 2002, disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>).

[27] Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 371.

[28] "A **imunidade material** prevista no art. 53, *caput*, da CF ('Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos') **alcança a responsabilidade civil decorrente dos atos praticados por parlamentares no exercício de suas funções**. É necessário, entretanto, analisar-se caso a caso as circunstâncias dos atos questionados para verificar a **relação de pertinência com a atividade parlamentar**. Com esse entendimento, o Tribunal deu provimento a recurso extraordinário para restabelecer a sentença de 1.º grau que, nos autos de **ação de indenização por danos morais** movida contra deputada federal, determinara a extinção do processo sem julgamento de mérito devido à vinculação existente entre o ato praticado e a função parlamentar de fiscalizar o poder público (tratava-se, na espécie, de divulgação jornalística da *notitia criminis* apresentada pela deputada ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro contra juiz estadual por suposto envolvimento em fraude no

INSS)" (RE 210.917-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.08.1998, *Inf. 118/STF*, 10 a 14.08.1998).

[29] Neste sentido, só para ilustrar, lembramos o art. 4.º do Regimento Interno do Senado Federal, que estabelece: "A **posse, ato público através do qual o Senador se investe no mandato**, realizar-se-á perante o Senado, durante reunião preparatória, sessão ordinária ou extraordinária, **precedida da apresentação à Mesa do diploma expedido pela Justiça Eleitoral**, o qual será publicado no *Diário do Congresso Nacional*" (destacamos).

[30] "Art. 5.º, LXVII — não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de **obrigação alimentícia** e a do **depositário infiel**." Cabe alertar que o STF entende não mais cabível a prisão civil do depositário infiel (Pacto de São José da Costa Rica — tese da **supralegalidade** — cf. *item 9.14.5.2.3*).

[31]Confiram-se os incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5.º da CF/88: "XLII — a prática do **racismo** constitui **crime inafiançável** e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII — a **lei** considerará **crimes inafiançáveis** e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da **tortura**, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o **terrorismo** e os **definidos como crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV — constitui crime **inafiançável** e imprescritível a **ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático**" (destacamos).

[32] Nesse sentido, harmonizando as duas disposições, cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 20. ed., p. 533.

[33]Nesse sentido, o posicionamento do STF, interpretando as novas regras da EC n. 35/2001, de **aplicação imediata**, inclusive aos casos de licenças negadas na vigência do regime anterior: "Tendo em conta que com a superveniência da EC 35/2001 ficou eliminada a exigência de licença prévia da Casa respectiva para instauração de processos contra membros do Congresso Nacional por fatos **não cobertos pela imunidade material**, o Tribunal, resolvendo questão de ordem, e dando pela aplicabilidade imediata da referida norma aos casos pendentes, declarou prejudicado o pedido de licença prévia para o prosseguimento de ação penal proposta contra deputado federal e, em consequência, determinou o término da suspensão do curso da prescrição dos fatos a ele imputados, a partir da publicação da mencionada emenda. O Tribunal declarou, ainda, a validade do oferecimento da denúncia e da notificação para defesa prévia, praticados anteriormente à posse do indiciado no cargo de Deputado Federal pelo juízo

então competente...” (**Inq. 1.566/AC**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Inf. 257/STF,* 18 a 22.02.2002). Nesse sentido, cf., ainda, ***Inf. 265* e *266/STF***.

[34]**Súmula 394: Cancelamento**. Concluído o julgamento de questão de ordem na qual se discute o cancelamento ou a revisão da Súmula 394 do STF (“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”) (*vide Inf. 149* e *69/STF*). O Tribunal, por unanimidade, cancelou a Súmula 394 por entender que o art. 102, I, “b”, da CF — que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República — não alcança aquelas pessoas que não mais exercem mandato ou cargo. Após, o Tribunal, por maioria, rejeitou a proposta do Ministro Sepúlveda Pertence para a edição de nova súmula ao dizer que, “cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional”. Vencidos, nesse ponto, os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão e Néri da Silveira, que o acompanhavam para acolher a proposta de edição de nova súmula. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, decidiu que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas com base na Súmula 394 do STF, é dizer, a decisão tem efeito *ex nunc*. Em consequência, o Tribunal resolveu a questão de ordem dando pela incompetência originária do STF e determinou a remessa dos autos à Justiça de primeiro grau competente. Leia em Transcrições a íntegra do voto do Ministro Sydney Sanches, relator. Inq. 687-SP (QO) e Inq. 881-MT (QO), Rel. Min. Sydney Sanches; AP 313-DF (QO), AP 315-DF (QO), AP 319-DF (QO) e Inq. 656-AC (QO), Rel. Min. Moreira Alves, 25.08.1999 (*Inf. 159/STF*, Brasília, 23 a 27.08.1999).

[35]**AP 396**, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.10.2010, Plenário, *DJE* de 28.04.2011.

[36] A íntegra da decisão liminar, referendada pelo Pleno em 13.09.2007, pode ser encontrada em *Notícias STF, 12.09.2007, 01:30hs*. Cf., ainda, a ADI 3.945, que discute a possibilidade de o constituinte estadual fixar o voto aberto de modo diverso da CF/88 (*Notícias STF, 03.09.2007, 17:30hs* — **matéria pendente de julgamento**).

[37]“O deputado afastado de suas funções para exercer cargo no Poder Executivo não tem imunidade parlamentar. Com esse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia o trancamento da ação penal

instaurada contra deputado estadual que, à época dos fatos narrados na denúncia, encontrava-se investido no cargo de secretário de Estado. Precedente citado: Inquérito 104-RS (*RTJ* 99/477). HC 78.093-AM, Rel. Min. Octavio Gallotti, 11.12.98" (*Inf. 135/STF*).

[38]**MS 25.579-MC**, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, j. 19.10.2005, Plenário, *DJ* de 24.08.2007. Em **18.02.2010**, referido MS foi julgado **extinto**, sem resolução do mérito, em razão da perda superveniente de objeto, já que o então parlamentar, licenciado para o exercício do cargo de Ministro da Casa Civil, na medida em que a liminar fora indeferida, teve o seu mandato cassado, pelo plenário da Câmara. Além disso, com o fim da *52ª Legislatura da Câmara dos Deputados*, o mandato foi, também, definitivamente extinto.

[39] José Afonso da Silva define o **processo legislativo** como "um conjunto de atos preordenados visando à criação de normas de direito. Esses atos são: *a*) iniciativa legislativa; *b*) emendas; *c*) votação; *d*) sanção e veto; *e*) promulgação e publicação" (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 458).

[40] Alínea "c" com redação determinada pela EC n. 18/98.

[41] Apesar de essa matéria (art. 61, § 1.º, II, "d") ter sido definida como hipótese de competência privativa do **Presidente da República**, o constituinte originário de 1988 estabeleceu exceção a essa regra, no art. 128, § 5.º, em que atribuiu competência concorrente também ao **Procurador-Geral da República** para dispor sobre a **organização do Ministério Público da União**, como apontaremos adiante no *item 9.13.3.7.1*.

[42] Alínea "f" acrescentada pela EC n. 18/98.

[43] Nesse sentido, "... tratando-se de projeto de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, não pode o Poder Legislativo assinar-lhe prazo para o exercício dessa prerrogativa sua..." (ADI 546, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11.03.1999, *DJ* de 14.04.2000). Cf., também, ADI 2.734-MC/ES, Rel. Min. Moreira Alves, j. 26.02.2003, e ADI 106-RO, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 10.10.2002 (*Inf. 285/STF*).

[44] Cf. os seguintes precedentes: ADI 766-MC/RS (*DJU* de 25.05.1994); ADI 822/RS (*DJU* de 06.06.1997); ADI 805/RS (*DJU* de 12.03.1999); ADI 2.322-MC/AL, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23.05.2001; ADI 1.954/RO, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 27.05.2004; ADI 2.079, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 29.04.2004, *DJ* de 18.06.2004.

[45] Cf. ADI 1.070-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 15.09.1995; e ADI 700, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 23.05.2001, *DJ* de 24.08.2001.

[46]“Regime jurídico dos servidores públicos estaduais. Aposentadoria e vantagens financeiras. **Inconstitucionalidade formal**. **Vício que persiste, não obstante a sanção do respectivo projeto de lei**. Precedentes. Dispositivo legal oriundo de emenda parlamentar referente aos servidores públicos estaduais, sua aposentadoria e vantagens financeiras. Inconstitucionalidade formal em face do disposto no artigo 61, § 1.º, II, ‘c’, da Carta Federal. **É firme na jurisprudência do Tribunal que a sanção do projeto de lei não convalida o defeito de iniciativa**” (ADI 700, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 23.05.2001, *DJ* de 24.08.2001). Nesse sentido, cf., ainda: ADI 2.417, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 05.12.2003, e ADI 1.963-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 07.05.1999.

[47] O art. 13 da Lei n. 9.709/98, que regulamentou o art. 14 da CF/88, em seus parágrafos estabelece que o **projeto de lei de iniciativa popular** deverá circunscrever-se a um só assunto, não podendo ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação. Por fim, o art. 14 dispõe que, sendo verificado pela Câmara dos Deputados o cumprimento das exigências estabelecidas no artigo anterior (art. 13) e respectivos parágrafos, será dado seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

[48] Nada mais natural do que a apresentação do aludido projeto de lei à Câmara dos Deputados, onde se concentram os representantes do povo, de acordo com o art. 45, *caput*.

[49] Cf. discussão sobre iniciativa popular em PEC, em matérias de iniciativa reservada e outros detalhes abaixo.

[50] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, p. 203.

[51]Para uma análise mais aprofundada do assunto, cf. o completíssimo *Direito eleitoral brasileiro*, 3. ed., de Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, p. 1147 e ss.

[52] “Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e **cassação do registro ou do diploma**, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990”.

[53] Cf. <www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=498&Itemid=0>.

[54] Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, *Processo legislativo*, p. 207.

[55] Mônica de Melo, *Plebiscito, referendo e iniciativa popular*: mecanismos constitucionais de participação popular, p. 194.

[56] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 24. ed., p. 64.

[57] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo,* 24. ed., p. 63.

[58]*Notícias STF,* 09.08.2005; <www.alepa.pa.gov.br/noticias2.asp?cod=626>; cf., ainda, o art. 8.º, parágrafo único, da Constituição do Estado do Pará.

[59] J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 295.

[60] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 449.

[61] Convém lembrar que o art. 2.º da **Lei n. 11.143/2005**, ao modificar o *caput* do art. 2.º da Lei n. 8.350/91, estabeleceu que, a partir de 1.º de janeiro de 2005, a gratificação mensal de Juízes Eleitorais corresponderá a 18% do subsídio de Juiz Federal. O art. 3.º da Lei n. 11.143/2005, por sua vez, fixou que, a partir de 1.º de janeiro de 2006, a gratificação mensal de Juízes Eleitorais corresponderá a 16% do subsídio de Juiz Federal.

[62] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 449.

[63] "A atribuição, exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo estadual, da iniciativa do projeto de Lei Orgânica do Ministério Público, por sua vez, configura violação ao art. 128, § 5.º, da Constituição Federal, que faculta tal prerrogativa aos Procuradores-Gerais de Justiça" (ADI 852, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 18.10.2002).

[64] "... Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. É que esse — porque compreendido no Ministério Público da União (CF, art. 128, 'd') — se insere, nessa condição, no campo normativo da lei complementar federal que estabelecerá 'a organização, as atribuições e o estatuto' de todo o Ministério da União — por iniciativa concorrente do Procurador-Geral da República, que lhe chefia o conjunto de ramos (CF, art. 128, § 1.º) e do Presidente da República (CF, art. 61, § 1.º, II, 'd', primeira parte); simultaneamente, contudo, na parte final dessa alínea 'd', a Carta Fundamental previu a edição, mediante iniciativa privativa do Presidente da República, de 'normas gerais para a organização', não só 'do Ministério Público dos Estados', mas também do mesmo 'Ministério Público do Distrito Federal e Territórios'" (RE 262.178, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, voto, *DJ* de 24.11.2000).

[65]*Direito constitucional*, 9. ed., p. 513.

[66]P. A. CASSEB, *Processo legislativo:* atuação das comissões permanentes e temporárias, p. 322-323.

[67] Esgotado sem deliberação o referido prazo de 30 dias a contar de seu recebimento, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final (cf. art. 66, § 6.º, na redação determinada pela **EC n. 32/2001**).

[68] M. G. Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, 6. ed., p. 156-158.

[69] J. A. da Silva, *Processo constitucional de formação das leis*, p. 219.

[70]*Curso de direito constitucional positivo,* p. 461.

[71] Conforme já alertamos em outra passagem da presente obra, o *Decreto-lei n. 4.657/42* introduziu em nosso ordenamento a então denominada *LICC — Lei de Introdução ao Código Civil*, que, à época, já extrapolava o direito civil, seja por regular a validade, eficácia, vigência, interpretação, revogação das normas, seja por definir conceitos amplos, como o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, o direito adquirido, seja, de modo geral, por apresentar um inegável caráter universal, aplicando-se aos demais "ramos" do direito. Por esse motivo, a **Lei n. 12.376/2010** passou a denominá-la **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)**, mantendo intacto o seu conteúdo. Conforme observa Carlos Roberto Gonçalves, "trata-se de um conjunto de **normas sobre normas**, visto que disciplina as próprias normas jurídicas, determinando o seu modo de aplicação e entendimento no tempo e no espaço. Ultrapassa ela o âmbito do direito civil, pois enquanto o **objeto** das leis em geral é o comportamento humano, o da Lei de Introdução é a **própria norma**, visto que disciplina a sua elaboração e vigência, a sua aplicação no tempo e no espaço, as suas fontes etc. Contém normas de **sobredireito** ou de apoio, sendo considerada um **Código de Normas**, por ter a lei como tema central" (*Direito civil esquematizado*, v. 1, 2012, p. 53).

[72]*Elementos de direito constitucional,* p. 144.

[73] Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, p. 181 e s.

[74]Verificar interessante estudo in "Significação e alcance das 'cláusulas pétreas'" (*RDA* 202/11-17, out./dez. 1995), defendendo a teoria da **dupla revisão**, especialmente por entender que o constituinte de 1987/1988 foi investido de poderes especiais por força da Emenda n. 26/85 à Constituição de 1967. Confira, ainda, Manoel G. Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, cit., p. 145.

[75] Michael Temer, *Elementos de direito constitucional*, 19. ed., p. 145.

[76] Obs.: a doutrina prefere a utilização da nomenclatura **maioria simples** a

maioria relativa.

[77] Precisa a explicação do Ministro Luiz Gallotti, ao relatar acórdão proferido pelo Pleno do STF em 26.11.1969: "Ementa: (...) Maioria Absoluta. Sua definição, como significando **metade mais um**, serve perfeitamente quando o total é **número par**. Fora daí, temos que recorrer à **verdadeira definição**, a qual, como advertem Scialoja e outros, deve ser esta, que serve, **seja par ou ímpar o total: maioria absoluta é o número imediatamente superior à metade**. Assim, maioria absoluta de quinze são oito, do mesmo modo que, de onze (número de Juízes do Supremo Tribunal), são seis, e sobre isso não se questiona nem se duvida aqui..." (RE 68.419/MA, Rel. Min. Luiz Gallotti, *DJ* de 15.05.1970, p. 1981, *RF* 235/72, Tribunal Pleno).

[78] Conforme estabelece o art. 46, § 1.º, cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores. Como existem 26 Estados-membros e o Distrito Federal, então (26 + 1) x 3 = 81.

[79] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 46. Nesse particular agradeço ao *Professor Jorge Hélio Chaves de Oliveira,* de Fortaleza, pela sugestão em fazer essa importante ressalva.

[80]Cf. Sergio Reginaldo Bacha, *Constituição Federal*: leis complementares e leis ordinárias — hierarquia?, passim.

[81]*Direito constitucional*, p. 511-512.

[82]*Direito constitucional*, p. 148.

[83] M. G. Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, 6. ed., p. 236.

[84] Para se ter ideia, na vigência da CF/88 foram elaboradas apenas duas leis delegadas, quais sejam, as de ns. **12** e **13**, respectivamente datadas de 07.08.1992 e 27.08.1992.

[85] O art. 25, § 2.º, do ADCT estabelece: "Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único".

[86] Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, p. 151-152 (grifamos).

[87]Pinto Ferreira, nesse sentido, com propriedade observa que "as **medidas provisórias** são **mais específicas do regime parlamentarista**, em que o gabinete é uma dependência do corpo legislativo, podendo tal gabinete **cair em face de desacordo com este**. No regime presidencialista, o chefe do Executivo não está sujeito a censura que provoque a sua demissão, e assim a **medida provisória é**

uma forma de concentração do poder no Executivo" (*Curso de direito constitucional*, p. 337 — grifamos). Nesse mesmo sentido, Bulos observa que "o tempo mostrou que a realidade italiana diverge da brasileira. Na Itália, o sistema de governo é o parlamentar. Quando ocorrem crises legislativas, o modo de solucioná-las é dissolver a Câmara dos Deputados ou promover a queda do Gabinete. Nesse país, tais crises são desencadeadas pelo impasse entre o Executivo e o Legislativo, motivando rejeições, como aquela que provocou a derrocada de um dos gabinetes do Primeiro-Ministro Fanfani. **Daí a medida provisória ajustar-se às Conveniências do Parlamentarismo, jamais ao sistema presidencial**. Nos países de estrutura parlamentar, como a Alemanha, a França e a Itália, a espécie normativa participa de um contexto político-constitucional diverso do brasileiro" (Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, p. 737 — grifamos).

[88] Conforme recorda José Afonso da Silva, "as *medidas provisórias* não constavam da enumeração do art. 59 como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88" (*Curso de direito constitucional positivo*, 17. ed., p. 524).

[89] Em rigorosa crítica, Márcia Maria Corrêa de Azevedo observa que "as medidas provisórias representam o câncer que consome, lenta e gradualmente, a saúde de nossa democracia. Como o vírus maligno, de fora, estranho, que veio instalar-se num organismo já meio fraco, debilitado, encontrando então ambiente apropriado para desenvolver-se, modificar o núcleo de células sadias, alterando a estrutura do *DNA*, reproduzindo-se de modo descontrolado e violento, ocupando todo o espaço da vida sadia, da normalidade. Tem até nome de vírus — *provvedimenti provvisori (com* (sic) *forza di lege)*" (*Prática do processo legislativo*, p. 178).

[90]Discurso do Senador Romero Jucá quando da votação da PEC n. 1-B/95, *DSF*, 06.09.2001, p. 20956.

[91]**S. 651/STF:** "A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC n. 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de 30 dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição".

[92] Roque Antonio Carrazza, com a perspicácia de sempre, entende inadmissível a reedição de medida provisória, em qualquer hipótese, havendo ou

não expressa rejeição pelo Congresso Nacional. Isso porque, "... do contrário, estaríamos aceitando, em detrimento do *princípio da tripartição das funções do Estado*, que o Presidente da República, por meio da reiteração de medidas provisórias, pode, a seu critério, legislar, passando ao largo do Congresso Nacional. Depois, os próprios requisitos de urgência e relevância desapareceriam, na prática..." (*Curso de direito constitucional tributário*, 16. ed., p. 243 e nota 37). Entendendo inadmissível a MP em qualquer hipótese, cf., ainda, Hugo de Brito Machado, Efeitos da medida provisória rejeitada, *RT* 700/46, e Paulo de Barros Carvalho, *Curso de direito tributário*, 13. ed., p. 64. Sobre o posicionamento do STF, admitindo a reedição da MP, desde que não haja expressa rejeição pelo CN (**rejeição tácita**), cf. ADI 1.250-9/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 1, de 06.09.1995, p. 28252; ADI 293-7/600/DF, Pleno, medida liminar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, e ADI 295-3, Rel. Min. Carlos Velloso.

[93] Desde que as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas do DF e Municípios reproduzam todas as diretrizes básicas fixadas na CF/88 sobre o processo legislativo das medidas provisórias (STF, Pleno, ADI 822-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12.03.1993, p. 3557, *Ement.* v. 01695-02, p. 243), entendemos possível a edição de MPs pelos chefes dos Executivos estaduais, distrital e municipais. Cf. STF, Pleno, ADI 812-9/TO, na qual o relator, Ministro Moreira Alves, reconhece a inexistência de "... proibição de os Estados-membros adotarem a figura da medida provisória...". Cf., ainda, de maneira expressa e consagrando o posicionamento pela possibilidade de adoção pelos Chefes do Executivo, desde que se respeitem as regras federais, pelo princípio da simetria, bem como a necessidade de expressa previsão nas Constituições estaduais e leis orgânicas, **ADI 2.391/SC**, Rel. Min. Ellen Gracie, 16.08.2006 (*Inf. 436/STF*). Conforme *Notícias STF*, 16.08.2006 — 19h10, "Ellen Gracie citou o voto do relator da ADI n. 425, ministro Maurício Corrêa (aposentado), ao afirmar que o § 1.º, do art. 25, da Constituição Federal reservou aos Estados 'as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição'. Quis o constituinte que as unidades federadas pudessem adotar o modelo do processo legislativo admitido para a União, uma vez que nada está disposto, no ponto, que lhes seja vedado". Na doutrina, cf. Roque Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 240, nota 34.

[94] Como observa Alexandre de Moraes, fundando-se em posicionamento da Corte Suprema, "... os requisitos de *relevância* e *urgência*, em regra, somente deverão ser analisados, primeiramente, pelo próprio Presidente da República, no momento da edição da medida provisória, e, posteriormente, pelo Congresso Nacional, que poderá deixar de convertê-la em lei, por ausência dos pressupostos constitucionais. Excepcionalmente, porém, quando presente desvio de finalidade

ou abuso de poder de legislar, por flagrante inocorrência da urgência e relevância, poderá o Poder Judiciário adentrar a esfera discricionária do Presidente da República, garantindo-se a supremacia constitucional" (*Direito constitucional*, 9. ed., p. 540). Cf.: STF, Pleno, ADI 162-MC/DF (*DJU* de 19.09.1997), ADI 1.753-MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.04.1998 etc. Sobre o controle jurisdicional, cf. *itens 6.7.1.2.5*, *6.7.1.2.10* e *6.7.1.2.16*.

[95]De acordo com o art. 20 da **Res. n. 1/2002-CN**, às MPs em vigor na data da publicação da Emenda Constitucional n. 32, de 2001, aplicar-se-ão os procedimentos previstos na Resolução n. 1, de 1989-CN. Para um estudo sobre a **Res. n. 1, de 09.05.2002, do Congresso Nacional**, cf. Pedro Lenza. *Breves comentários sobre a Resolução n. 1/02-CN, que dispõe sobre a tramitação das medidas provisórias no Congresso Nacional em consonância com a EC n. 32/01*, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jun. 2002; disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

[96] O que se pode entender da redação é que os 60 dias contam-se após a **rejeição expressa**, ou **perda da eficácia da MP**. Neste último caso, como a MP só perde a eficácia após 120 dias (60 dias prorrogáveis por mais 60 dias), a referida regra só valerá após **180 dias** (120 dias para perda da eficácia somados aos novos 60 dias). No primeiro caso, o prazo de 60 dias conta-se da **rejeição expressa**, durante o prazo de 120 dias.

[97] Como disse Michel Temer, "a edição da medida provisória **paralisa temporariamente a eficácia da lei que versava a mesma matéria**. Se a medida provisória for aprovada, se opera a revogação. Se, entretanto, a medida provisória for rejeitada, restaura-se a eficácia da norma anterior. Isto porque, com a rejeição, o Legislativo expediu ato volitivo consistente em repudiar o conteúdo daquela medida provisória, tornando subsistente anterior vontade manifestada de que resultou a lei antes editada" (*Elementos de direito constitucional*, p. 153).

[98] A título de exemplo, a primeira medida provisória editada após o advento das novas regras trazidas pela **EC n. 32, de 11.09.2001**, foi a **MP n. 1, de 19.09.2001**, abrindo crédito extraordinário em favor do Ministério da Integração Nacional, no valor de R$ 154.000.000,00, nos termos do art. 167, § 3.º, citado. Como se percebe, as medidas provisórias após a EC n. 32/2001 vêm recebendo um novo número, iniciando-se pela acima referida, de n. 1, em ordem crescente, para se diferenciarem das MPs em tramitação e produzidas antes da novel emenda.

[99] Cf. *itens 6.7.1.2.5*, *6.7.1.2.10* e *6.7.1.2.16*.

[100] Apenas para se ter um exemplo em nosso passado, lembramos a MP n. 168, de 15.03.1990 **(Plano Collor)**.

[101]José Afonso da Silva é expresso ao dizer que o Presidente da República não poderá regulamentar matéria tributária através de MP "... porque o sistema tributário não permite legislação de urgência, já que a lei tributária material não é aplicável imediatamente, por regra, porquanto está sujeita ao princípio da anterioridade (art. 150, III, 'b')" (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 465).

Em argumentação bastante sedutora e completa, o Professor Roque Carrazza declara inadmitir a utilização das MPs para criar ou aumentar tributos, cabendo tal tarefa somente à lei ordinária e, em poucos casos, à complementar. A medida provisória, segundo o ilustre jurista, "... brota de chofre, no silêncio dos gabinetes, da vontade isolada e, por vezes, *imperial* do Chefe do Executivo. Se porventura, medida provisória pudesse criar ou aumentar tributos, que seria da *estrita legalidade*, da *segurança jurídica*, da *não surpresa* dos contribuintes?" (*Curso de direito constitucional tributário*, p. 255-256). No entanto, muito embora entendamos ser incabível a criação ou o aumento de tributos por MP, orientamos os candidatos para que **adotem a posição do STF**, agora corroborada no **art. 62, § 2.º, da CF/88**.

[102] Cf.: ADI 1.667-MC/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 21.11.1997, p. 60586, ADI 1.135-9/DF, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 05.12.1997, p. 63903. E, ainda, RE 146.733-SP; RE 138.284-CE; RE 197.790-MG e RE 181.664-RS, RE 232.805-MG, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 236.885-BA, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 247.235-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti; RE 266.752-RN, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 267.285-MG, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 269.423-BA, Rel. Min. Nelson Jobim, ADI 1.417-MC etc.

[103] "Art. 21, XI — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais."

[104] O Senador Roberto Requião observa, tecendo severas críticas ao aludido dispositivo: "como este Congresso não tem capacidade física, e a maioria do Governo pode obstruir, com a facilidade com que obstrui — quando deseja — a tramitação no Congresso, isso significa que essas medidas todas prolatadas até a publicação desse diploma legislativo que estamos discutindo estão automaticamente eternizadas, perenizadas, sem que o Congresso possa estabelecer, como disse o Senador Amir Lando, a sua capacidade de ser um contrapeso do processo..." (*DSF* de 06.09.2001, p. 20963).

[105] Para as provas, sugerimos uma leitura atenta dos referidos incisos.

[106] Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional,* p. 77.

[107] Diferentemente do Brasil, é interessante lembrar alguns Estados nos quais a prerrogativa de decidir definitivamente sobre tratados internacionais atribuída ao Parlamento fica condicionada à aprovação do povo (participação popular por intermédio do processo), através do plebiscito ou *referendum*. Como exemplo, ressalta-se a União Europeia, quando da elaboração do **Tratado de Maastrich**.

[108] Deve-se deixar bem claro que o instrumento da **ratificação** tem sentido técnico entre os internacionalistas, indicando, perante a comunidade internacional, que o País aceita as regras fixadas no tratado internacional, obrigando-se aos seus vetores. Muitas vezes, o ato do Congresso Nacional, prévio, de **referendo, aprovação** do instrumento assinado, é também denominado **ratificação**, devendo o candidato ficar atento nas provas e concursos para saber de qual dos institutos a questão está tratando. Cuida-se de ratificação *lato sensu*, no sentido de confirmação do ato pelo Parlamento. Não tem o sentido técnico empregado pela doutrina internacionalista. Cf. interessante descrição da sistemática de incorporação dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro em Valério de Oliveira Mazzuoli, *Direitos humanos & relações internacionais*, p. 65 e s., e *Tratados internacionais*, p. 37 e s.

[109] Mirtô Fraga, *O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno*, p. 69.

[110] Esse entendimento foi consagrado pelo STF no julgamento do **RE 80.004-SE**, *DJ* de 29.12.1977, p. 9433, *RTJ* 83/809, Rel. p/ acórdão Min. Cunha Peixoto (*Inf. 73/STF* — *DJ* de 30.05.1997) e recentemente reiterado no julgamento da **ADI 1.480-DF**, Rel. Min. Celso de Mello, no julgamento pelo Pleno do pedido de medida cautelar (j. 04.09.1997, *DJ* de 18.05.2001, p. 429). **Em relação à natureza dos tratados sobre direitos humanos, em razão do § 3.º do art. 5.º, trazido pela EC n. 45/2004**, confira estudo no *item 9.14.5.2.3* que propugna por uma tese de **supralegalidade** ou mesmo **constitucionalidade**.

[111] Cf.: **STF, ADI 1.480-3**, Rel. Min. Celso de Mello: medida liminar apreciada em 04.09.1997 e julgamento final do processo, sem apreciação do mérito, em 26.06.2001 (*DJ* de 08.08.2001), em virtude de perda superveniente do objeto do referido processo de controle abstrato de constitucionalidade (cf. ***Inf. 236/STF***, 06 a 10.08.2001).

[112]Louis Henkin, *Constitutionalism, democracy and foreign affairs*, NY: Columbia University Press, 1990, p. 59, apud Flávia Piovesan, *Direitos humanos e*

o direito constitucional internacional, p. 80-81.

[113] Como bem observou Pedro Dallari, "muito embora o dispositivo mencione 'tratados e convenções internacionais', a doutrina, a prática e mesmo a *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* entendem a fórmula como redundante, já que, independentemente da denominação que tenha cada documento (tratado, convenção, acordo, pacto, carta, lei uniforme, protocolo, estatuto, concordata etc.), o vocábulo 'tratado' se aplica a todo acordo internacional concluído por escrito entre Estados ou organizações internacionais e que seja destinado a produzir efeitos jurídicos. Observe-se que a própria Constituição brasileira não é de forma alguma homogênea a esse respeito: o art. 49, I, faz referência a tratados e acordos; o art. 84, VIII, a tratados e convenções; o § 2.º do art. 5.º, o art. 102, III, 'b', o art. 105, III, 'a', o art. 109, III, e o § 5.º acrescido ao mesmo art. 109, apenas a tratados; e o art. 178, apenas a acordos" (Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, Tratados internacionais na Emenda Constitucional n. 45, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, p. 83).

[114] Petrônio Calmon Filho (org.), *Reforma constitucional do Poder Judiciário*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, jan. 2000 (*Cadernos IBDP:* Propostas legislativas: 1), p. 70.

[115] Flávia Piovesan entende que referidos tratados teriam caráter de norma constitucional (Reforma do Judiciário e direitos humanos, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário,* p. 67). José Carlos Francisco também sustenta a constitucionalidade, até porque, quando o constituinte quis afastar a recepção automática com caráter de norma constitucional, manifestou-se expressamente, como fez com as súmulas preexistentes, nos termos do art. 8.º da EC n. 45 (Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais, in *Reforma do Judiciário*, p. 99).

[116] Flávia Piovesan, Reforma do Judiciário e direitos humanos, p. 67.

[117] Para a autora, mesmo os materialmente constitucionais (sem as formalidades das emendas), como tratam de direitos humanos, pelo art. 5.º, § 2.º, teriam natureza constitucional (Flávia Piovesan, Reforma do Judiciário e direitos humanos, p. 67). Mas, como visto, esse entendimento não é aceito pelo STF. Portanto, **cuidado** nas provas, especialmente as preambulares!

[118] Flávia Piovesan, Reforma do Judiciário e direitos humanos, p. 67.

[119] Araujo e Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, p. 34.

[120] Art. 4.º do Decreto-lei n. 911/69: "Se o bem alienado fiduciariamente não

for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil".

[121]Cf. íntegra do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343, em *Notícias STF*, 22.11.2006 — 20h35.

[122] Cf. **Inf. n. 531/STF**, assim como **RE 349.703** e, no julgamento do **HC 87.585**, o **cancelamento da S. 619/STF** ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito").

[123] Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, 4. ed., p. 815.

[124] J. J. Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 23. ed., p. 109.

[125] J. J. Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 23. ed., p. 191.

[126] Nesse sentido, cf. *Inf. 408/STF*: "... No mérito, afirmou-se que, em razão de a sociedade de economia mista constituir-se de capitais do Estado, em sua maioria, a lesão ao patrimônio da entidade atingiria, além do capital privado, o erário. Ressaltou-se, ademais, que as entidades da administração indireta não se sujeitam somente ao direito privado, já que seu regime é híbrido, mas também, e em muitos aspectos, ao direito público, tendo em vista notadamente a necessidade de prevalência da vontade do ente estatal que as criou, visando ao interesse público...".

[127] Precedentes: MS 24.268, Rel. Min. Ellen Gracie (Gilmar Mendes, p/ acórdão), *DJ* de 17.09.2004; MS 24.927, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 25.08.2006; RE 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 06.10.1995; RE 329.001 (AgR), Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 23.09.2005; AI 524.143 (AgR), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 18.03.2005.

[128] Luiz A. David Araujo e Vidal S. Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, p. 281, estabelecem: "Já vimos que há um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, que não é o mesmo do art. 128 da Constituição, mas tem os mesmos direitos, vedações e forma de investidura do previsto nesse dispositivo. Sua lei orgânica não é de iniciativa do Procurador-Geral da República, mas do Tribunal de Contas da União, e não será instituída por lei complementar, mas por lei ordinária". Esse tema será mais bem estudado quando tratarmos das **funções essenciais à Justiça** e, em especial, sobre o Ministério Público, no *item 12.2*.

[129]**S. 653/STF:** "No Tribunal de Contas estadual, composto por 7 Conselheiros,

4 devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e 3 pelo chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar 1 dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha".

[130] Cf. ADI 2.117-MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 03.05.2000 (acórdão, *DJ* de 07.11.2003) e *Inf. 187/STF* (matéria pendente de julgamento).

[131] Cf. <http://www.cgu.gov.br/CGU/Historico/index.asp>.

[132] Cf. *RTJ* 176/540-541; *RTJ* 176/610-611; *RTJ* 184/924; ADI 263/RO (*DJ* de 22.06.1990); ADI 1.545/SE (*DJ* de 24.10.1997); ADI 3.192/ES (*DJ* de 18.08.2006); *RTJ* 194/504-505; ADI 2.378/GO (*DJ* de 06.09.2007); ADI 1.791/PE (*DJ* de 23.02.2001); ADI 3.160 (25.10.2007, *Inf. 485/STF*).

[133] Exigindo o mesmo conhecimento, cf. exames 107.º e 111.º da OAB/SP.

10

PODER EXECUTIVO

11

PODER JUDICIÁRIO

■ 11.8.1.2. STF — regras gerais

- **composição:** 11 Ministros;
- **investidura:** o Presidente da República escolhe e indica o nome para compor o STF, devendo ser aprovado pelo Senado Federal, pela **maioria absoluta** (sabatina no Senado Federal).[54] Aprovado, passa-se à nomeação, momento em que o Ministro é vitaliciado;
- **requisitos para ocupar o cargo de Ministro do STF:** *a*) ser brasileiro nato (art. 12, § 3.º, IV); *b*) ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade (art. 101); *c*) ser cidadão (art. 101, estando no pleno gozo dos direitos políticos); *d*) ter notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101);
- **tem de ser jurista o Ministro do STF?:** o art. 56 da Constituição de **1891** falava somente em **notável saber**, sem qualificá-lo. A Constituição de **1934** (art. 74) passou a qualificar o **notável saber** de **jurídico**. Em razão da permissão da Constituição de 1891, o STF já chegou a ter Ministro que não era jurista, vale lembrar o médico *Candido Barata Ribeiro*, nomeado pelo Presidente *Floriano Peixoto*, nos termos de decreto de 23.10.1893, em razão da vaga ocorrida com o falecimento do Barão de Sobral, tomando posse em 25.11.1893.

O Senado da República, contudo, em sessão secreta de 24.09.1894, negou a aprovação do nome de Barata Ribeiro, nos termos do Parecer da *Comissão de Justiça e Legislação*, que considerou desatendido o requisito de "notável saber jurídico" (*DCN* de 27.09.1894, p. 1136). Assim, Barata Ribeiro deixa o cargo de Ministro do STF em 29.09.1894, tendo ficado por pouco mais de 10 meses (o Ministro que por menos tempo permaneceu no STF [República], só "perdendo" para o Ministro Herculano de Freitas, que permaneceu por 3 meses e 16 dias).

Portanto, atualmente e desde o parecer de *João Barbalho,* de 1894, passou-se a entender que todo Ministro do STF terá de ser, necessariamente, **jurista**, tendo cursado a faculdade de **direito**.[55]

- **competências do STF:** *a*) originária (art. 102, I, "a" a "r");[56] *b*) recursal ordinária (art. 102, II); e *c*) recursal extraordinária (art. 102, III).

O STF reconheceu o **princípio da reserva constitucional de competência originária** e, assim, toda a atribuição do STF está explicitada, taxativamente, no art. 102, I, da CF/88.[57]

Ainda, na hipótese de o STF não conhecer a sua competência originária, deverá, nos termos do art. 113, § 2.º, do CPC, e do art. 21, § 1.º, do *RISTF*, na redação dada pela Emenda Regimental n. 21/2007, **indicar o órgão que**

repute competente para o julgamento do feito ajuizado originariamente, atribuição esta autorizada, inclusive, ao Relator monocraticamente (cf. Pet. 3.986-AgR/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25.06.2008, *Inf. 512/STF*).

■ 11.8.1.3. STF — destaques às novidades trazidas pela EC n. 45/2004 ("Reforma do Judiciário")

- ■ **homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias:** transferência de competência do STF para o **STJ** no tocante à homologação de sentenças estrangeiras e à concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (art. 102, I, "h", revogada; art. 105, I, "i", e art. 9.º da EC n. 45/2004).
- ■ **nova hipótese de cabimento do RE:** ampliação da competência do STF para o julgamento de recurso extraordinário quando *julgar válida lei local contestada em face de lei federal*. Muito se questionou sobre essa previsão. Observa-se que ela está **correta**, uma vez que, no fundo, quando se questiona a aplicação de lei, tem-se, acima de tudo, conflito de constitucionalidade, já que é a CF que fixa as regras sobre competência legislativa federativa. Por outro lado, quando se questiona a validade de ato de governo local em face de lei federal, estamos, acima de tudo, diante de questão de legalidade a ser enfrentada pelo STJ, como mantido na reforma **(arts. 102, III, "d", e 105, III, "b")**.
- ■ **CNJ e CNMP:** em razão da natureza dos institutos e de seus membros, é natural que tenha sido fixada a competência do STF para processar e julgar, originariamente, as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 102, I, "r").
- ■ **Repercussão geral:** criação do requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para o conhecimento do recurso extraordinário. Essa importante regra vai evitar que o STF julgue brigas particulares de vizinhos, como algumas discussões sobre "assassinato" de papagaio ou "furto" de galinha, já examinadas pela mais alta Corte **(art. 102, § 3.º)**.

A matéria foi regulamentada na **Lei n. 11.418, de 19.12.2006**.

De fato, trata-se de importante instituto seguindo a tendência a erigir o STF a verdadeira **Corte Constitucional** e, também, mais uma das técnicas trazidas pela *Reforma do Judiciário* na tentativa de solucionar a denominada "Crise do STF e da Justiça".

A técnica funciona como verdadeiro **"filtro constitucional"**, permitindo que o STF não julgue processos destituídos de repercussão geral, limitando, assim, o acesso ao Tribunal.

A lei estabeleceu um **critério objetivo**, presumindo-se a repercussão

geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Além disso, o art. 543-A, § 1.º, do CPC, estabelece um **critério subjetivo** ao afirmar que, para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Trata-se, portanto, de mais um **requisito de admissibilidade do recurso extraordinário** que deverá ser demonstrado pela parte recorrente em **preliminar**.

Em interessante tendência de aproximação do controle difuso aos efeitos do controle concentrado (influência do Ministro Gilmar Mendes), o art. 543-A, § 5.º, do CPC, introduzido pela Lei n. 11.418/2006, estabelece que, sendo negada a existência da repercussão geral (do caso concreto, individualizado), **a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica**, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Parece, então, que se trata de mais uma hipótese de **súmula impeditiva de recurso**, no caso do recurso extraordinário, servindo como "barreira" para o acesso ao STF de todos os casos que tratem da mesma matéria, ou melhor, de recurso com fundamento em idêntica controvérsia.

A possibilidade de manifestação de terceiros estranhos ao processo (*amicus curiae*), ao "pluralizar o debate constitucional", confere maior **efetividade** e **legitimação social** às decisões *erga omnes* do STF (na hipótese de impedir o processamento de outros recursos extraordinários sobre a mesma tese).

O reconhecimento da inexistência da repercussão geral terá de ser manifestado por 2/3 dos Ministros do STF (pelo menos 8 dos 11 Ministros).

Antes de se mandar o processo para análise do Pleno, contudo, proceder-se-á a uma verificação prévia da repercussão geral, por uma das Turmas do STF (5 Ministros).

Assim, nos termos do art. 543-A, § 4.º, do CPC, se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário e proceder-se-á à análise do mérito do recurso extraordinário.

Por outro lado, se entender a Turma, por menos de 4 votos, que o caso concreto apresenta repercussão geral (ou, ainda, se entender, por consequência, que o caso não tem repercussão geral), essa decisão (sobre a eventual inexistência da repercussão geral) caberá ao Pleno do STF, devendo ser suscitado um *incidente de análise de repercussão geral*, nos termos do Regimento Interno do STF e da Lei n. 11.418/2006, que regulamentou a

matéria.

A nosso ver o procedimento deve seguir a linha do incidente de inconstitucionalidade no controle difuso, suscitando-se uma questão de ordem.

Considerando o Pleno que há repercussão geral, ou não, deverá sedimentar a tese em **súmula de repercussão geral**, que, para nós, deve ser oficialmente estabelecida pelo STF e numerada como um novo instituto para, inclusive, orientar o processamento de recursos extraordinários futuros.

Assim, nos termos do art. 543-A, § 7.º, do CPC, a súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no *Diário Oficial* e valerá como acórdão.

Por fim, cumpre destacar importante técnica de julgamento por **amostragem**, sobrestando-se os demais recursos extraordinários considerados semelhantes.

Isso porque, nos temos do art. 543-B, § 1.º, do CPC, havendo **multiplicidade de recursos** com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, **sobrestando** os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se (perceba-se, assim, o impacto do julgamento do caso individual perante recursos que tenham teses jurídicas já decididas).

Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o STF, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Sem dúvida, o instituto da repercussão geral vem se mostrando uma importante técnica na busca de concretizar o **princípio da efetividade do processo** (art. 5.º, LXXVIII).

■ Repercussão geral: AI 664.567 (Inf. 472) e RE 579.431 (Inf. 510) — procedimento fixado pelo STF

O STF já estabeleceu alguns procedimentos para a implantação do instituto da repercussão geral, o que passamos a reproduzir:

- “A existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada é pressuposto de admissibilidade de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal”. Assim, embora regulamentado no CPC, o requisito deve ser observado em qualquer RE, tanto em matéria cível

como criminal, trabalhista, eleitoral, militar etc.

■ "Exige-se preliminar formal de repercussão geral, sob pena de não ser admitido o recurso extraordinário".

■ Contudo, "... a exigência da demonstração formal e fundamentada no recurso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas **só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03.05.2007**, data da publicação da Emenda Regimental 21/2007, do *RISTF*" (*Inf. 472/STF*), que regulamentou a matéria.[58]

■ Se o RE for anterior à data de 03.05.2007, "a possibilidade de devolução fica condicionada ao reconhecimento da presença da repercussão geral da matéria. Negada a repercussão, recusa-se o recurso extraordinário (§ 3.º do art. 102, da Constituição Federal)".

■ "A verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal, Turma Recursal ou Turma de Uniformização de origem e do STF".

■ "A análise sobre a existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de **competência exclusiva** do STF".

■ O STF, em importante precedente, regulamentou a aplicação da repercussão geral em relação à jurisprudência já pacificada pela Corte. Nesse sentido, foi "(...) aprovada a proposta de adoção de procedimento específico que autorize a Presidência da Corte a trazer ao Plenário, antes da distribuição do RE, questão de ordem na qual poderá ser reconhecida a repercussão geral da matéria tratada, caso atendidos os pressupostos de relevância. Em seguida, o Tribunal poderá, quanto ao mérito, (a) manifestar-se pela subsistência do entendimento já consolidado ou (b) deliberar pela renovação da discussão do tema. Na primeira hipótese, fica a Presidência autorizada a negar distribuição e a devolver à origem todos os feitos idênticos que chegarem ao STF, para a adoção, pelos órgãos judiciários *a quo*, dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3.º, do CPC. Na segunda situação, o feito deverá ser encaminhado à normal distribuição para que, futuramente, tenha o seu mérito submetido ao crivo do Plenário..." (RE 579.431-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.06.2008, *DJE* de 24.10.2008).

■ 11.8.2. Superior Tribunal de Justiça (STJ)

■ **composição:** pelo menos 33 Ministros (art. 104);

■ **investidura:** os Ministros serão escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após serem sabatinados pelo Senado Federal e aprovados pelo voto da **maioria absoluta** (art. 104, parágrafo único, com a redação determinada pela **EC n. 45/2004**), igualando-se ao *quorum* da sabatina para os Ministros do STF;

■ **requisitos para o cargo:** *a*) ser brasileiro nato ou naturalizado; *b*) ter

mais de 35 e menos de 65 anos; *c*) ter notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 104);

■ **composição dos Ministros:** 1/3 de juízes dos Tribunais Regionais Federais; 1/3 de desembargadores dos Tribunais de Justiça; 1/6 de advogados e 1/6 de membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente;

■ **procedimento:** no caso dos juízes dos Tribunais Regionais Federais e dos desembargadores dos Tribunais de Justiça, o STJ elaborará lista tríplice, enviando-a ao Presidente da República, que indicará um e o nomeará após aprovação do Senado Federal. No caso dos advogados e membros do Ministério Público, serão eles indicados na forma das regras para o "quinto constitucional", anteriormente apresentadas, segundo o art. 94 da CF/88;

■ **os Ministros oriundos da magistratura (TRFs e TJs) terão que ser egressos da magistratura da carreira?** O STF, por maioria de votos, no julgamento da **ADI. 4.078**, entendeu, em 10.11.2011, que **não**. Ou seja, o STJ escolherá livremente a lista tríplice e poderá incluir juízes dos TRFs ou TJs que ingressaram em referidos tribunais pela regra do quinto constitucional (art. 94, CF/88). Isso porque, a partir do momento que um advogado ou um membro do MP são investidos no cargo judiciário pela regra do quinto (no TRF ou no TJ), perdem todos os vínculos que anteriormente tinham, passando, então, à **condição de magistrados**, podendo, assim, integrar a lista tríplice. A Constituição, também, não fez qualquer distinção entre magistrados dos tribunais oriundos da carrreira ou que chegaram ao tribunal pela regra do quinto;[59]

■ **esquematização (processo de escolha): quadro comparativo STF X STJ**

STF (ART. 101)	ST
	■ **Composiç** no mínimo **3** Ministros

 **Composição:** 11 Ministros	• **1/3** dentre . dos TRFs; • **1/3** dentre desembarga dos TJs
	• 1/6 dentre advogados • **1/3** • 1/6 de membros do Ministério Pú Federal, Estadual, do Distrito Fede Territórios, alternadame
■ **Escolha e**	

nomeação: Presidente da República	■ **Escolha e** Presidente d
■ **Sabatina:** Senado Federal — aprovação da escolha pela maioria absoluta	■ **Sabatina:** aprovação d absoluta (EC
■ **Requisitos para o cargo I:** a) ter mais de 35 e menos de 65 anos de	■ **Requisito** mais de 35 e ter notável s

idade; b) ter notável saber jurídico e reputação ilibada	reputação ilil
■ **Requisitos para o cargo II:** ser brasileiro nato (art. 12, § 3.º, IV)	■ **Requisito** brasileiro na

■ **preenchimento da vaga destinada à advocacia: impasse entre a OAB e o STJ**

No tocante à vaga destinada aos **advogados**, que serão indicados na regra do art. 94, da CF/88, um grave conflito institucional foi vivenciado entre a **OAB** e o **STJ** no ano de 2008.

Em razão da aposentadoria do Min. Pádua Ribeiro (STJ), a OAB elaborou, na forma do art. 104, II, lista sêxtupla de advogados.

O STJ, por sua vez, encaminhou ofício datado de 12.02.2008, negando referida lista, sob alegação de que “nenhum dos candidatos à vaga alcançou, nos três escrutínios realizados, os votos necessários para compor a lista tríplice, conforme exigência inserta no § 5.º do art. 26, do Regimento Interno do STJ”.

A OAB, por sua vez, reenviou a mesma lista, alegando que o STJ só

poderia devolvê-la se ausentes os requisitos constitucionais.

O STJ, novamente, não aceitou a lista da OAB e, em 17 de abril de 2008, por meio de seu Presidente, marcou para o dia 6 de maio reunião do Pleno objetivando formar listas contendo o nome de desembargadores (art. 104, parágrafo único, I) e membros do MP (art. 104, parágrafo único, II), para o encaminhamento ao Presidente da República, que escolheria os novos nomes para o preenchimento das vagas decorrentes da aposentadoria dos Ministros *Peçanha Martins* e *Rafael de Barros Monteiro* e em razão do falecimento do Ministro *Hélio Quaglia*.

A OAB, então, impetrou mandado de segurança no **STJ (MS 13.532/DF)** buscando discutir a devolução da lista sêxtupla, bem como o encaminhamento das listas tríplices para as outras vagas. A Corte Especial do STJ, em **07.05.2008**, negou o pedido de liminar e, em ato contínuo, elaborou as listas tríplices para o preenchimento das demais vagas, conforme visto, decorrentes da aposentadoria dos Ministros *Peçanha Martins* e *Rafael de Barros Monteiro* e em razão do falecimento do Ministro *Hélio Quaglia*.

Diante de todos esses fatos, em **12.05.2008**, o Conselho Federal da OAB impetrou novo mandado de segurança **(MS 27.310)**, agora no **STF**, com pedido de liminar, buscando atacar futuro e eventual ato do Presidente da República que indicasse os membros da Magistratura (art. 104, parágrafo único, I) e do MP (art. 104, parágrafo único, II) em razão das listas tríplices encaminhadas. Alegava que o STJ deveria aceitar a lista sêxtupla encaminhada e que as novas vagas que se abriram (3 novas vagas) só poderiam ser preenchidas após a solução da vaga em aberto, destinada aos advogados, em razão da aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro.

Em **15.05.2008**, o STF, nos termos do voto da Ministra Rel. Ellen Gracie, indeferiu liminar.

Segundo a Ministra, "... o impetrante se insurge contra os atos praticados pelo Superior Tribunal de Justiça, não contra a atuação do Presidente da República na indicação à aprovação do Senado e na nomeação de integrantes de listas destinadas ao preenchimento de cargos de ministro do Superior Tribunal de Justiça relativos às classes do Ministério Público e da magistratura. Tenta o impetrante, por via transversa, antecipar a discussão que poderá ocorrer num eventual julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança a ser interposto em caso de denegação da ordem impetrada no STJ (Mandado de Segurança 13.532/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti)".

E completou: "a sociedade e os jurisdicionados não podem ficar à mercê de divergências circunstanciais entre a Ordem dos Advogados do Brasil e o Superior Tribunal de Justiça. Não é razoável que três cargos de Ministros do

STJ fiquem vagos à espera da solução do conflito que se instalou em torno da escolha do sucessor do Ministro Pádua Ribeiro".

Em relação ao **MS 13.532**, impetrado no STJ para que não se elaborasse a lista tríplice para as outras vagas e se fizesse a lista tríplice dentre os 6 nomes encaminhados pela OAB, por maioria de votos, a Corte Especial do STJ:[60]

> **a)** julgou "... prejudicado o pedido para que o STJ não componha as listas relativas às vagas surgidas após a abertura daquela destinada aos advogados pela aposentadoria do Ministro Pádua Ribeiro, uma vez que, com o indeferimento, por maioria de votos, dos pedidos liminares, em 7 de maio último, este Tribunal elaborou as listas para o preenchimento das vagas destinadas a Desembargadores Estaduais e ao Ministério Público";
>
> **b)** em relação à obrigatoriedade de se fazer a lista tríplice partindo de uma lista sêxtupla da OAB, o STJ conheceu em parte, denegando a ordem. "Quanto à possibilidade de voto em branco, na linha da compreensão que se esposa, a da ampla liberdade da manifestação da vontade do eleitor nessa fase, não vejo como deixar de reconhecer que não é impositiva a escolha de três nomes, revelando-se admissível a ocorrência das demais hipóteses, inclusive daquela em que nenhum nome é sufragado".

Em relação a esta decisão denegatória do MS impetrado no STJ, contra o acórdão prolatado pela Corte Especial nos autos do MS 13.532/DF (STJ), foi interposto pelo Conselho Federal da OAB, no STF, em 10.03.2009, o **RMS n. 27.920** (*recurso ordinário em mandado de segurança*), nos termos do art. 102, II, "a".

A 2.ª Turma do STF, por 3 X 2, em **06.10.2009**, no julgamento do referido RMS 27.920, **negou-lhe provimento**, declarando que o STJ tem o **direito de recusar a lista sêxtupla** encaminhada pela OAB, **não** tendo que **motivar** a decisão denegatória.

Isso porque, como nenhum dos indicados pela OAB obtivera a **maioria absoluta** dos votos (art. 26, § 5.º, do RI/STJ), isso significaria a **recusa** da lista pelo STJ.

Entendeu a Min. Ellen Gracie, ao desempatar a votação, que a obrigatoriedade de exposição dos motivos da recusa não traria qualquer solução, além de expor os advogados indicados, lembrando que a votação, nos termos do Regimento Interno do STJ é secreta (art. 26, § 7.º).

Seguindo esta lógica, quando, normalmente, o STJ reduz a lista de seis nomes para três, encaminhando-os para o Presidente da República escolher um, não há qualquer obrigatoriedade em se revelar os motivos de recusa dos três nomes cortados da lista. Qualquer outro entendimento macularia a

liberdade dos Ministros para a escolha (situação esta garantida, como visto, pelo caráter secreto da votação) (Cf. *Infs. 552 e 562/STF*, e *RMS 27.920*, j. 06.10.2009, *DJE* de 04.12.2009).

No tocante ao MS anterior, impetrado diretamente no STF (MS 27.310), a liminar foi indeferida e, na medida em que, posteriormente, em 13.09.2010, o *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, por intermédio de seu ilustre Presidente, entregou ao Presidente do STJ nova lista sêxtupla, foi reconhecida a **perda do objeto**, julgando-se, assim, em 27.09.2010, prejudicado o pedido formulado.

Enquanto o STJ não apreciava as listas, as vagas eram ocupadas por desembargadores convocados.

Finalmente, em Sessão do Pleno de **07.02.2011**, o STJ elaborou as 3 listas, pondo fim ao impasse entre a OAB e a Corte.

■ **competência do STJ:** *a*) originária (art. 105, I, "a" até "i"); *b*) recursal ordinária (art. 105, II); e *c*) recursal especial (art. 105, III).

Em relação à competência, destacam-se as novidades introduzidas pela **EC n. 45/2004**, quais sejam, conforme visto:

a) homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias: a competência passou a ser do STJ, tendo sido a matéria regulamentada na **Resolução n. 9, de 04.05.2005/STJ**, até que o *Plenário* da Corte aprove disposições regimentais próprias. Feito o pedido pelas vias diplomáticas, homologada a sentença ou concedido o *exequatur* pelo STJ, nos termos do art. 109, X, é da competência do **Juiz Federal** a sua **execução**;

b) preservação da competência para o julgamento de **recurso especial** quando a decisão recorrida julgar válido **ato de governo local** contestado em face de **lei federal**. Perfeita a preservação dessa competência já que, nessa hipótese, no fundo, estamos diante de questão de **legalidade**, e não constitucionalidade.

■ **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM):** a **EC n. 45/2004** (*art. 105, parágrafo único, I*) prescreveu o funcionamento, junto ao STJ, da *Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o **ingresso** e **promoção** na carreira. A Escola, com autonomia didática, científica, pedagógica, administrativa e financeira, foi instituída, em **30.11.2006**, por meio da *Resolução n. 3/STJ*, alterada pela *Resolução n. 5/STJ*, de 1.º.07.2008. Nos termos do art. 2.º de referida resolução, destacam-se as seguintes atribuições da Escola:[61]

a) definir as diretrizes básicas para a formação e o aperfeiçoamento de Magistrados;
b) fomentar pesquisas, estudos e debates sobre temas relevantes para o aprimoramento dos serviços judiciários e da prestação jurisdicional;
c) promover a cooperação com entidades nacionais e estrangeiras ligadas ao ensino, pesquisa e extensão;
d) incentivar o intercâmbio entre a Justiça brasileira e a de outros países;
e) promover, diretamente ou mediante convênio, a realização de cursos relacionados com os objetivos da Enfam, dando ênfase à formação humanística (Resolução n. 5/2008);
f) habilitar e fiscalizar, nos termos dos arts. 93, II, "c", e IV, e 105, parágrafo único, da Constituição da República, os cursos de formação para ingresso na magistratura e, para fins de vitaliciamento e promoção na carreira, os de aperfeiçoamento (Resolução n. 5/2008);
g) formular sugestões para aperfeiçoar o ordenamento jurídico;
h) definir as diretrizes básicas e os requisitos mínimos para a realização dos concursos públicos de ingresso na magistratura estadual e federal, inclusive regulamentar a realização de exames psicotécnicos (Resolução n. 5/2008);
i) apoiar, inclusive financeiramente, a participação de magistrados em cursos no Brasil ou no exterior indicados pela Enfam (Resolução n. 5/2008);
j) apoiar, inclusive financeiramente, as escolas da magistratura estaduais e federais na realização de cursos de formação e de aperfeiçoamento (Resolução n. 5/2008).
Parágrafo único. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados gozará de autonomia didática, científica e pedagógica, bem como de autonomia administrativa e financeira, observado o disposto no § 2.º do art. 3.º desta resolução (Resolução n. 5/2008).

A **ENFAM** "... ocupa-se com a formação intelectual e moral dos juízes, uma formação que compreenda não apenas o entendimento técnico-jurídico, mas também o conhecimento sociológico, humanístico e prático". Assim, dentre os seus **objetivos**, destacam-se, entre outros:

"**a)** provocar melhoria na seleção de novos juízes;
b) promover a atualização constante dos magistrados;
c) proporcionar formação teórica e prática do operador do Direito;
d) aproximar ainda mais o Judiciário da realidade do cidadão;
e) garantir que os magistrados estejam em permanente formação acadêmica e humanística;
f) cooperar com as escolas federais e estaduais da magistratura no oferecimento e execução de treinamentos e cursos;
g) contribuir para que todas as escolas da magistratura tenham padronização mínima, respeitando as peculiaridades e necessidades de cada Região;

h) facilitar a troca de experiências entre as escolas da magistratura e entre os magistrados;
i) buscar práticas de gestão que permitam a socialização de experiências e de problemas vivenciados pelos magistrados" (cf. <www.enfam.stj.jus.br>).

■ **Conselho da Justiça Federal:** a **EC n. 45/2004** previu, também, o funcionamento, junto ao STJ, do **Conselho da Justiça Federal**, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante.

■ 11.8.3. Tribunais Regionais Federais (TRFs) e Juízes Federais

Organizada em dois graus de jurisdição, a Justiça Federal é composta pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Juízes Federais; sua competência vem estabelecida nos arts. 108 e 109 da CF/88.

■ **composição dos TRFs:** no mínimo 7 Juízes,[62] recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República, devendo ser observada a regra do "quinto constitucional" do art. 94;
■ **requisitos para o cargo:** *a*) ser brasileiro nato ou naturalizado; *b*) ter mais de 30 e menos de 65 anos de idade.

Em busca da efetividade do processo e do acesso à ordem jurídica justa, a *Reforma do Judiciário* **(EC n. 45/2004)** previu a instalação da Justiça itinerante e descentralização, nos termos dos §§ 2.º e 3.º do art. 107:

■ os TRFs instalarão a **Justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários;
■ os TRFs poderão funcionar **descentralizadamente**, constituindo **Câmaras regionais**, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo.

Em relação à **Justiça Federal**, destacamos a federalização de crimes contra direitos humanos, por exemplo, a tortura e homicídio praticados por grupos de extermínio, mediante incidente suscitado pelo PGR no STJ objetivando o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Busca-se, acima de tudo, adequar o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos **(art. 109, V-A e § 5.º)**.[63]

■ 11.8.4. Tribunais e Juízes do Trabalho de acordo com a EC n. 24/99

Como já visto, os órgãos da Justiça do Trabalho são o TST, os TRTs e os

Juízes do Trabalho,[64] sendo sua competência estabelecida no art. 114, abaixo elencada, lembrando a sua ampla reformulação pela **EC n. 45/2004**.

■ 11.8.4.1. Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Vejamos algumas regras relacionadas ao **TST:**

- ■ **composição: 27** Ministros togados e vitalícios (art. 111-A, *caput*, de acordo com a redação dada pela **EC n. 45/2004**, restabelecendo-se a antiga composição. Como se sabe, a EC n. 24/99 reduziu de 27 para 17 Ministros, acabando com as 10 vagas de Classistas então existentes. A *Reforma do Judiciário* restabelece a composição, deixando de convocar juízes dos TRTs para atuar como substitutos, prática essa condenável);
- ■ **estrutura da composição:** dos **27** Ministros togados e vitalícios, **1/5** serão escolhidos dentre advogados com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de 10 anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; os demais, quais sejam, os **4/5** dos 27 Ministros do TST, serão escolhidos dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da **Magistratura da carreira**, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

Em relação ao sistema de composição, percebe-se a nítida redução das vagas de Ministros do TST oriundos da advocacia e Ministério Público do Trabalho. E mais, como o restante das vagas é preenchido por juízes dos TRTs oriundos da **Magistratura da carreira**, isso significa que juízes dos TRTs que subiram pelo quinto não poderão estar entre esses 4/5 de Ministros do TST, já que, repita-se, o texto fala em juízes dos TRTs *oriundos da Magistratura da carreira*!

- ■ **requisitos para o cargo:** *a*) ser brasileiro nato ou naturalizado; *b*) ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade;
- ■ **sabatina do Senado Federal:** igualando-se ao STF e STJ, a sabatina no Senado passa a ser pela **maioria absoluta**, e não mais maioria simples ou relativa, sendo os Ministros nomeados pelo Presidente da República;
- ■ **competência do TST:** será fixada por lei, nos termos do art. 111-A, § 1.º.

Funcionarão junto ao TST:

- ■ **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho**, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o **ingresso** e **promoção** na carreira;
- ■ **Conselho Superior da Justiça do Trabalho**, cabendo-lhe exercer, *na forma da lei*, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como

órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante. Nos termos do art. 6.º da **EC n. 45/2004**, referido Conselho será instalado no prazo de 180 dias, cabendo ao Tribunal Superior do Trabalho regulamentar seu funcionamento por resolução, enquanto não promulgada a referida lei.

■ 11.8.4.2. Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs)

Vejamos algumas regras relacionadas ao **Tribunal Regional do Trabalho**, nos termos das normas fixadas pela *EC n. 45/2004*:

- ■ **composição:** os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de, no mínimo, 7 juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de **30** e menos de **65** anos;
- ■ **estrutura da composição:** *a*) **1/5** dentre advogados com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de 10 anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; *b*) os demais, vale dizer **4/5**, mediante promoção de juízes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente.

Em busca da "efetividade do processo" e do "acesso à ordem jurídica justa", a *Reforma do Judiciário* estabeleceu que os TRTs instalarão a **Justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários, podendo, ainda, funcionar **descentralizadamente**, constituindo **Câmaras regionais**, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo (art. 115, §§ 1.º e 2.º).

■ 11.8.4.3. Juízes do Trabalho — Varas do Trabalho

Nas Varas do Trabalho, a jurisdição será exercida por um juiz singular.

Por fim, lembramos que as Varas do Trabalho serão instituídas por lei, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho (art. 112 da CF/88, na nova redação determinada pela EC n. 45/2004).

■ 11.8.4.4. Competências da Justiça do Trabalho

Nos termos do art. 114 da CF/88, introduzido pela EC n. 45/2004, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

- ■ as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

- as ações que envolvam exercício do direito de greve;
- as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
- os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
- os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o";
- as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
- as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
- a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
- outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

O STF já interpretou algumas das novidades introduzidas pela *Reforma do Judiciário*, motivo pelo qual se mostra importante a sua esquematização:

A) A Justiça do Trabalho não é competente para apreciar as causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

Conforme já alertamos, a AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil) ajuizou, em 25.01.2005, a **ADI 3.395**, combatendo a nova regra que suprimiu a autonomia da Justiça Federal para julgar ações envolvendo as relações de trabalho dos servidores estatutários. Alegou vício formal no que respeita à tramitação e interpretação conforme.

No julgamento da medida cautelar da ADI 3.395-6, o então Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, concedeu liminar com efeito *ex tunc* para dar interpretação conforme a CF ao inciso I do art. 114, suspendendo, "... 'ad referendum', toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação trazida pela EC 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a '... apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo'".

Em 05.04.2006, o STF, por maioria, **referendou** a liminar concedida. "Salientou-se, no ponto, a decisão do STF no julgamento da ADI n. 492/DF (*DJU* de 12.03.93), na qual se concluíra pela inconstitucionalidade da inclusão, no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, das causas que envolvam o Poder Público e seus servidores estatutários, **em razão de ser**

estranho ao conceito de relação de trabalho o vínculo jurídico de natureza estatutária existente entre servidores públicos e a Administração” (*Inf. 422/STF*, *DJ* de 10.11.2006 — Ata n. 37/2006).

No julgamento da **Rcl n. 6568**, em 20.05.2009, o STF novamente confirmou o entendimento fixado na ADI 3395, ao determinar que a apreciação de greve deflagrada por policiais civis do Estado de São Paulo e que estava sendo apreciada pela Justiça do Trabalho (ato da Vice-Presidente Judicial Regimental do TRT da 2.ª Região, nos autos de dissídio coletivo de greve), deveria ser analisada pelo **Tribunal de Justiça** (*Justiça Comum*).

Dessa forma, o STF reforça a ideia de **afastar** “a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e entes da Administração à qual estão vinculados” por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo (sobre a proibição do exercício de greve por policiais civis e servidores que exercem atividade essencial, cf. *item 13.7.11*).

B) Ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho — competência da Justiça do Trabalho.

A jurisprudência do STF estabeleceu ser competente a **Justiça do Trabalho** para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador.[65]

Por outro lado, na hipótese de **ações acidentárias** propostas pelo segurado em face do INSS e havendo interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, discutindo controvérsia acerca de benefício previdenciário, a competência é da **Justiça comum estadual**, tendo em vista o critério residual de distribuição de competência (S. 501/STF e art. 109, I, da CF/88).

Resta analisar qual seria o momento para aplicar o novo entendimento do STF, já que, antes da EC n. 45/2004, a posição era outra, qual seja, a competência da Justiça Comum.

Segundo o STF, o marco para fixar a (nova) competência da Justiça do Trabalho (art. 87 do CPC) é a existência ou não de **sentença de mérito**. Havendo sentença de mérito proferida pela Justiça estadual ou federal (art. 109, I), mesmo sem trânsito em julgado, a competência não será deslocada para a Justiça obreira, por uma questão de **política judiciária**, tendo em vista o significativo número de ações que ainda tramitavam, quando do advento da EC n. 45/2004, na Justiça comum. Nesse sentido:

“Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido de indenização por

> danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente do trabalho (...). As ações em trâmite na Justiça comum estadual e com **sentença de mérito** anterior à promulgação da EC 45/04 lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não fora apreciado, devem ser remetidas à Justiça laboral, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos já praticados. 'Consideram-se de interesse público as disposições atinentes à competência em lides contenciosas; por este motivo, aplicam-se imediatamente; atingem as ações em curso. **Excetuam-se os casos de haver pelo menos uma sentença concernente ao mérito**; o *veredictum* firma o direito do Autor no sentido de prosseguir perante a Justiça que tomara, de início, conhecimento da causa' (Carlos Maximiliano). Precedente plenário: **CC 7.204**. Outros precedentes: RE 461.925-AgR, RE 485.636-AgR, RE 486.966-AgR, RE 502.342-AgR, RE 450.504-AgR, RE 466.696-AgR e RE 495.095-AgR. Agravo regimental desprovido".[66]

Nessa linha pacificou o **STJ** nos termos da **S. 367**: "a competência estabelecida pela EC n. 45/2004 não alcança os processos já sentenciados" (Corte Especial, j. 19.11.2008, *DJE* de 26.11.2008).

Finalmente, o STF, em **02.12.2009**, aprovou a **SV n. 22**, com o seguinte teor: "a **Justiça do Trabalho** é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, **inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04**".

C) Ação de indenização proposta por viúva e filhos de empregado morto em serviço — Justiça do Trabalho.

Em um primeiro momento, o **STJ** firmou o entendimento de que a competência seria da Justiça Comum Estadual ou Federal por ter a ação natureza civil, chegando, inclusive a editar a **S n. 366** nesse sentido (Corte Especial, j. 19.11.2008, *DJE* de 26.11.2008).

Contudo, o **STF**, ao julgar o **CC 7.545/SC**, em **03.06.2009**, determinou que a competência era da **Justiça do Trabalho**, na medida em que a origem do direito decorreria das relações de trabalho. Nesse sentido:

> "EMENTA: (...) A competência para julgar ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, após a edição da EC 45/04, é da Justiça do Trabalho. (...) **O ajuizamento da ação de indenização pelos sucessores não altera a competência da Justiça especializada**. A transferência do direito patrimonial em decorrência do óbito do empregado é irrelevante" (**CC 7.545**, Rel. Min. Eros Grau, j.

03.06.2009, Plenário, *DJE* de 14.08.2009).

Em razão desse novo entendimento proferido pelo STF, em 16.09.2009, no julgamento do CC 101.977-SP, o STJ determinou o **cancelamento** da S n. 366, adequando-se, assim, ao novo posicionamento da Suprema Corte, intérprete final da Constituição.

D) A Justiça do Trabalho não tem competência para julgar ações penais.

"EMENTA: O Tribunal deferiu pedido de liminar formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República para, com efeito *ex tunc*, dar interpretação conforme à Constituição Federal aos incisos I, IV e IX do seu art. 114 no sentido de que neles a Constituição não atribuiu, por si sós, competência criminal genérica à Justiça do Trabalho (...). Entendeu-se que seria incompatível com as garantias constitucionais da legalidade e do juiz natural inferir-se, por meio de interpretação arbitrária e expansiva, competência criminal genérica da Justiça do Trabalho, aos termos do art. 114, I, IV e IX da CF" (ADI 3.684-MC/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, 1.º.02.2007).

Mesmo que se fixe a competência para o julgamento de *habeas corpus*, cabe lembrar que é possível a determinação de prisão civil alimentar por determinação do juiz trabalhista, motivo pelo qual se prescreveu o remédio para tutelar a liberdade de ir e vir.

E) Segundo o STJ, a Justiça do Trabalho não tem competência para julgar ação alusiva a relações contratuais de caráter eminentemente civil, diversa da relação de trabalho.

Nesse sentido, a Corte Especial do **STJ** pacificou diversos conflitos de competência nos termos da **S. 363**: "compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente" (j. 15.10.2008, *DJE* de 03.11.2008).[67]

O **STF** ainda não analisou com muita profundidade o assunto. Contudo, no julgamento de ação de cobrança de honorários advocatícios de advogada dativa contra o Estado de Minas Gerais, a Corte, por maioria de votos (vencidos o Min. Marco Aurélio e o Min. Ayres Britto), entendeu como sendo competente a **Justiça estadual comum**. Nesse sentido:

"EMENTA: (...). Ação de cobrança de honorários advocatícios — Verbas arbitradas em favor da recorrida em razão de sua atuação como **defensora dativa** — Inexistência de relação de trabalho a justificar seu processamento perante uma vara da Justiça Federal do Trabalho —

Relação mantida entre as partes que é de cunho **meramente administrativo** — Reconhecimento da **competência da Justiça comum estadual** para o processamento do feito" (**RE 607.520**, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.05.2011, Plenário, *DJE* 21.06.2011, com *repercussão geral*).

F) Ação possessória decorrente do exercício do direito de greve: Justiça do Trabalho.

Muitas vezes quando os bancários realizam greve, têm ocorrido o fechamento das agências e a proibição de clientes e mesmo dos trabalhadores de entrarem nos estabelecimentos ("piquete").

Assim, em razão desses bloqueios, que o próprio movimento grevista vem realizando, alguns bancos propuseram **ações possessórias**, como, por exemplo, o *interdito proibitório*, em razão, nos termos do art. 932, CPC, de justo receio de serem molestados na posse (turbação ou esbulho iminente).

A dúvida era saber se a competência seria da Justiça Comum ou do Trabalho. O STF entendeu, partindo do precedente materializado no **CJ 6.959/DF**,[68] como competente a Justiça do Trabalho na medida em que, ainda que a solução dependesse da apreciação de questões de direito civil, o seu fundamento decorre da relação trabalhista e, no caso, do exercício do direito de greve, aplicando-se, por consequência, o disposto no art. 114, II, CF/88.

Nesse sentido, o STF editou a **SV n. 23**: "a **Justiça do Trabalho** é competente para processar e julgar **ação possessória** ajuizada em **decorrência do exercício do direito de greve** pelos trabalhadores da iniciativa privada".

■ 11.8.4.5. O que aconteceu com os mandatos dos classistas em face da EC n. 24/99?

O art. 2.º da referida emenda assegura o cumprimento dos mandatos dos então ministros classistas temporários do TST e dos juízes classistas temporários dos TRTs e das extintas JCJ.

Trata-se de dispositivo perfeitamente condizente com os princípios constitucionais, na medida em que se preservam os direitos já adquiridos dos então (à época da promulgação da EC n. 24/99) classistas, devendo estes últimos continuar a exercer a sua função até o término de seu mandato.

■ 11.8.5. Tribunais e Juízes Eleitorais

Como visto, os órgãos da Justiça Eleitoral são: o **Tribunal Superior Eleitoral** (TSE); os **Tribunais Regionais Eleitorais** (TRE); os **Juízes Eleitorais**; e as **Juntas Eleitorais**.

Cabe lembrar que, nos termos do art. 121, § 2.º, os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por **2 anos**, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios **consecutivos**, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

Os membros dos tribunais, os Juízes de Direito e os integrantes das Juntas Eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de **plenas garantias** e serão **inamovíveis**.

■ 11.8.5.1. Tribunal Superior Eleitoral (TSE)

- ■ **composição:** no mínimo, **7** membros (juízes);
- ■ **estrutura da composição:** a) **3 juízes** serão eleitos dentre os Ministros do STF, pelo voto secreto, pelos próprios membros da Corte Suprema; b) **2 juízes** serão eleitos, também pelo voto secreto, dentre os Ministros do STJ, pelos próprios Ministros do STJ; c) **2 outros juízes** da seguinte forma: o STF elaborará lista sêxtupla escolhendo nomes dentre **advogados** de notável saber jurídico e idoneidade moral, encaminhando-a ao Presidente da República. Este escolherá **2**, nomeando-os, sem haver a necessidade de sabatina pelo Senado Federal;
- ■ **Presidente e Vice-Presidente do TSE:** serão eleitos pelo TSE, dentre Ministros do STF;
- ■ **Corregedor Eleitoral do TSE:** será eleito pelo TSE, dentre Ministros do STJ.

Cabe lembrar que, nos termos do art. 121, § 3.º, as decisões do **TSE** são **irrecorríveis**, **salvo** as que contrariarem a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

■ 11.8.5.2. Tribunal Regional Eleitoral (TRE)

Conforme dispõe o art. 120 da CF/88, na Capital de cada Estado e no Distrito Federal haverá um Tribunal Regional Eleitoral.

- ■ **composição: 7** membros (juízes);
- ■ **estrutura da composição:** *a*) eleição, pelo voto secreto, de **2 juízes** dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça; *b*) eleição, pelo voto secreto, de **2 juízes**, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; *c*) de **1 juiz** do TRF com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo TRF respectivo; *d*) de **2 juízes**, por nomeação, pelo Presidente da República, dentre 6 **advogados** de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça;

- **Presidente e Vice-Presidente do TRE:** serão eleitos pelo TRE, dentre os desembargadores.

Nos termos do art. 121, § 4.º, das decisões dos TREs somente caberá recurso quando:

- forem proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei;
- ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;
- versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;
- denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

11.8.5.3. Juízes Eleitorais

Os **Juízes Eleitorais**, nos termos do art. 32 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), são os próprios juízes de direito em efetivo exercício e, na falta destes, os seus substitutos legais, da própria organização judiciária do Estado ou do DF, que gozem das prerrogativas do art. 95 da CF/88, cabendo-lhes a jurisdição de cada uma das **zonas eleitorais** em que é dividida a **circunscrição eleitoral** e com as competências expressas no art. 35 do Código Eleitoral (para algumas provas, vale a leitura do referido dispositivo legal. Isso porque certas provas, e aí o candidato atento deve ler os editais, exigem alguns conhecimentos muito específicos!).

Destacamos, por fim, o teor da **S. 368/STJ**: "compete à **Justiça comum estadual** processar e julgar os pedidos de retificação de dados cadastrais da Justiça Eleitoral" (1.ª S., j. 26.11.2008, *DJE* de 03.12.2008).

11.8.5.4. Juntas Eleitorais

O art. 121 estatui que lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das **Juntas Eleitorais**.

As regras estão no *Código Eleitoral*, que, dentre outras particularidades, em seu art. 36 estabelece que as **Juntas Eleitorais** compor-se-ão de 1 *juiz de direito*, que será o presidente, e de *2 ou 4 cidadãos* de notória idoneidade. Os membros das Juntas Eleitorais serão nomeados 60 dias antes da eleição, depois de aprovação do Tribunal Regional, pelo presidente deste, a quem cumpre também designar-lhes a sede. Outrossim, até 10 dias antes da nomeação, os nomes das pessoas indicadas para compor as Juntas serão publicados no órgão oficial do Estado, podendo qualquer partido, no prazo de 3 dias, em petição fundamentada, impugnar as indicações.

Nos termos do art. 40 do Código Eleitoral, recepcionado como lei

complementar e regulador da matéria, compete à Junta Eleitoral: **a)** apurar, no prazo de 10 dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição; **b)** resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração; **c)** expedir os boletins de apuração mencionados no art. 178; **d)** expedir diploma aos eleitos para cargos municipais.

11.8.6. Tribunais e Juízes Militares

Os órgãos da Justiça Militar (*Justiça castrense*), como já visto, previstos no art. 122, I e II, são: o **Superior Tribunal Militar** (STM); os **Tribunais Militares** (TM) e os **Juízes Militares instituídos por lei**.

Como se sabe, e o tema será retomado em *segurança pública* (cf. *item 13.6*), existem tanto servidores militares federais integrantes das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica — art. 143, § 3.º) como aqueles militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios, que compõem as Forças Auxiliares e reserva do Exército (polícia militar e corpo de bombeiro militar — art. 144, § 6.º).

Assim, de maneira coerente, a CF distingue a **Justiça Militar Federal** (da União) de um lado (art. 124) e a **estadual**, também especializada, de outro (art. 125, §§ 3.º, 4.º e 5.º).

11.8.6.1. Superior Tribunal Militar (STM)

Ao **Superior Tribunal Militar**, além de competência originária, foram estabelecidas atribuições para julgar as apelações e os recursos das decisões dos juízes de primeiro grau da Justiça Militar da União (cf. o organograma, *item 11.6.5*).

Deve-se deixar claro que o **STM não examina matérias provenientes da Justiça Militar Estadual ou Distrital**.

Dessa forma, apesar de ter a denominação "Superior Tribunal", não atua conforme o STJ, já que, no caso, o STM, além das atribuições originárias, funciona como **tribunal recursal** (para bem entendermos, mantidas todas as particularidades, atua como se fosse um TJ).

Tanto é assim que, na **Justiça Militar da União, não existe órgão intermediário entre a primeira instância** (Auditorias) e o **STM** (conforme visto, órgão recursal).

Abaixo indicamos a evolução do STM e, em seguida, regras sobre a composição atual da Corte:

ATO NORMATIVO	DENOMINAÇÃ
■ Alvará de 1.º.04.1808 (Príncipe-Regente D. João VI)	■ Conselho do Supremo Milit e de Justiça
■ Dec. n. 149, de 18.07.1893	■ Supremo Tribunal Milita
■ Dec. n.	■ Supremo

14.450, de 30.10.1920	Tribunal Milita
■ Decreto-lei n. 925, de 02.12.1938	■ Supremo Tribunal Milita
■ Constituição de 1946	■ **Superior** Tribunal Milita
■ AI 2, de 18.09.1946	■ **Superior** Tribunal Milita
■ CF/88	■ **Superior** Tribunal Milita

■ **composição:** 15 Ministros vitalícios;

■ **estrutura da composição:** *a*) **3** dentre oficiais-generais da Marinha, da ativa e do posto mais elevado da carreira; *b*) **4** dentre oficiais-generais do Exército, da ativa e do posto mais elevado da carreira; *c*) **3** dentre oficiais-generais da Aeronáutica, da ativa e do posto mais elevado da carreira; e *d*) **5** dentre civis, dos quais **3** serão escolhidos dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, **1** dentre juízes auditores e **1**

membro do Ministério Público da Justiça Militar;

■ **forma de nomeação:** o Presidente da República aponta a indicação dos 15 Ministros, respeitando-se a proporção acima exposta. A indicação deve ser aprovada pela **maioria simples** do Senado Federal, onde serão sabatinados. Aprovada a indicação, o Presidente da República os nomeará;

■ **requisitos:** a CF somente prevê, de forma expressa, requisitos para os Ministros civis, quais sejam: *a*) ser brasileiro, nato ou naturalizado; *b*) ter mais de 35 anos de idade; *c*) para os Ministros civis escolhidos dentre os advogados, ter notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional; e *d*) para os oficiais-generais a CF prevê o requisito de serem brasileiros natos, de acordo com o art. 12, § 3.º, VI.

■ 11.8.6.2. Justiça Militar da União

■ 11.8.6.2.1. Regras gerais e Circunscrições Judiciárias Militares

Com **competência exclusivamente penal**, incumbe-lhe processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

De acordo com o art. 122, da CF/88, a Justiça Militar, em nível federal, é constituída, em primeira instância, pelos **Conselhos de Justiça Militar** e, como órgão recursal e de jurisdição superior, pelo **Superior Tribunal Militar** (art. 122 da CF/88).[69]

Nos termos do art. 1.º da Lei n. 8.457/92, que *organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares*, são órgãos da Justiça Militar (da União): o **STM**; a **Auditoria de Correição**; os **Conselhos de Justiça**; os **Juízes-Auditores** e os **Juízes-Auditores Substitutos**.

Por sua vez, o art. 2.º, da referida Lei n. 8.457/92, estabelece que, para efeito de administração da Justiça Militar **em tempo de paz**, o território nacional divide-se em **12 Circunscrições Judiciárias Militares** (embora estejam sendo feitos estudos para uma **necessária** ampliação dessa divisão em razão, especialmente, da extensão territorial da *12.ª Circunscrição*) abrangendo:

■ **1.ª** — Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;
■ **2.ª** — Estado de São Paulo;
■ **3.ª** — Estado do Rio Grande do Sul;
■ **4.ª** — Estado de Minas Gerais;
■ **5.ª** — Estados do Paraná e Santa Catarina;
■ **6.ª** — Estados da Bahia e Sergipe;
■ **7.ª** — Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas;

- **8.ª** — Estados do Pará, Amapá e Maranhão;
- **9.ª** — Estados do Mato Grosso do Sul e Mato Grosso;
- **10.ª** — Estados do Ceará e Piauí;
- **11.ª** — Distrito Federal e Estados de Goiás e Tocantins;
- **12.ª** — Estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia.

11.8.6.2.2. Conselhos de Justiça Militar

Nas *Circunscrições Judiciárias Militares* existem as correspondentes **Auditorias** (órgãos de primeira instância da Justiça Militar) que têm **jurisdição mista**, cabendo-lhes conhecer dos feitos relativos à Marinha, ao Exército e à Aeronáutica.

Conforme vimos, o julgamento em primeira instância nas referidas Auditorias se dá em **colegiado** e por **escabinato**.

Isso porque os julgamentos se implementam nos **Conselhos de Justiça Militar** (colegiado), que são compostos de 1 **juiz togado** (bacharel em direito que ingressou na carreira mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as fases — art. 93, I, CF/88) e de **4 juízes leigos** (militares, **sorteados** conforme se observa abaixo), tendo o valor do voto do togado o mesmo valor do voto dos leigos (escabinato).

Essa composição plúrima por juiz togado e juízes leigos (militares) se justifica em razão da necessidade de se harmonizarem os conhecimentos técnicos com a experiência da caserna, tendo-se como pano de fundo a ideia de **hierarquia** e **disciplina**, base da organização militar.

Os **Conselhos** se dividem em duas espécies, o **Especial** e o **Permanente**, e funcionarão na **sede** das **Auditorias**, salvo casos especiais por motivo relevante de ordem pública ou de interesse da Justiça e pelo tempo indispensável, mediante deliberação do Superior Tribunal Militar.

O **Conselho Especial de Justiça** é constituído pelo **juiz-auditor** e **4 juízes militares**, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade.

Por sua vez, o **Conselho Permanente de Justiça** é constituído pelo **juiz-auditor**, por **1 oficial superior**, que será o presidente, e **3 oficiais** de posto até **capitão-tenente** ou **capitão**.

Para efeito de **composição dos Conselhos**, nas respectivas Circunscrições, os comandantes de *Distrito* ou *Comando Naval*, *Região Militar* e *Comando Aéreo Regional* organizarão, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço ativo, com respectivos postos, antiguidade e local de serviço, publicando-a em boletim e remetendo-a ao juiz-auditor competente para que, então, se proceda, nos termos dos arts. 19 a 22 da Lei n. 8.457/92, ao **sorteio**.

De acordo com o art. 23, da Lei n. 8.457/92, o **Conselho Especial** é **constituído para cada processo** e **dissolvido** após a **conclusão dos seus trabalhos**, reunindo-se, novamente, se sobrevier nulidade do processo ou do julgamento, ou diligência determinada pela instância superior, sendo que os juízes militares que o integrarem serão de **posto superior** ao do **acusado**, ou do **mesmo posto e de maior antiguidade**.

Por sua vez, nos termos do art. 24, da Lei n. 8.457/92, o **Conselho Permanente**, uma vez constituído, embora o nome "permanente", funcionará durante **três meses consecutivos**, *coincidindo com os trimestres do ano civil*, podendo o prazo de sua jurisdição ser prorrogado nos casos previstos em lei. O oficial que tiver integrado o Conselho Permanente não será sorteado para o trimestre imediato, salvo se para sua constituição houver insuficiência de oficiais.

O quadro a seguir ajuda a entender a distinção entre os Conselhos:

	CONSE ESPEC DE JUS
CONSTITUIÇÃO	■ Juiz Auditor ■ 4 Juí Militare **posto superi**

	do acus ou do **mesmo posto maior antigui**
DURAÇÃO/ FUNCIONAMENTO	■ const para ca process dissolvi após a conclus dos trabalh

COMPETÊNCIA	■ proce e julgar **oficiais** exceto oficiais- genera nos del previst legislaç penal n ■ a compet para process

julgar o
oficiais
genera
das Fo
Armada
nos crir
militare
definido
de acor
com o
6.º, I, “
Lei n.
8.457/9
originá
do **STM**
■ crime
pratica

	em **coauto** com ofi mesmo por não oficiais, serão process e julgad pelo Consel Especia Justiça

■ **11.8.6.2.3. Hierarquia militar (postos e graduações)**

A **hierarquia** e a **disciplina** são a base institucional das **Forças Armadas**, sendo que a autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

A **hierarquia militar** é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por **postos** ou **graduações** e, dentro de um mesmo posto ou graduação, pela **antiguidade** (no posto ou na graduação):

■ **posto:** é o grau hierárquico do **oficial**, conferido por ato do Presidente da República ou do Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica e confirmado em Carta Patente.

- **graduação:** é o grau hierárquico da **praça**, conferido pela autoridade militar competente.

Por sua vez, a **disciplina** é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

A seguir, para conhecimento, reproduzimos os **postos** e **graduações** das Forças Armadas, para que se compreenda, com precisão, as competências dos **Conselhos Especial** e **Permanente de Justiça**. Cabe alertar que os postos de *Almirante*, *Marechal* e *Marechal do Ar* serão providos **somente** em **tempo de guerra**:[70]

[71]

,[72],[73]

	MARIN
OFICIAIS-GENERAIS	■ Almira
	■ Almira de Esqu
	■ Vice-almirant

	■ Contr almirant
OFICIAIS SUPERIORES	■ Capit Mar e Guerra
	■ Capit Fragata
	■ Capit Corveta
OFICIAIS INTERMEDIÁRIOS	■ Cap tener
OFICIAIS SUBALTERNOS	■ 1.º Te
	■ 2.º Te

PRAÇAS ESPECIAIS71	■ Gua marir
	■ *Aspira (alunos Escola Naval)*
GRADUADOS (PRAÇAS)	■ Subof

	■ 1.º Sargent
	■ 2.º Sargent
	■ *Aluno (Colégio Naval)* **(Praças Especia**
	■ 3.º Sargent
	■ *Aluno (Escola*

	Formaç Oficiais Marinha Mercan EFOMM **(Praças Especia**
	■ Cabo
	■ *Aluno escolas dos cen de form de sarg* **(Praças Especia**

	■ Marin e Solda Fuzileirc Naval
	■ Marin Recruta Soldadc Fuzileirc Naval Recruta

■ 11.8.6.2.4. Ministério Público Militar e Defensoria Pública da União

Cabe observar que tanto o Ministério Público como a Defensoria Pública da União[74] mantêm **representantes** junto à Justiça Militar.

Conforme vimos, o Ministério Público da União compreende, dentre outros, o **Ministério Público Militar** (art. 128, I, "c"). Trata-se de carreira própria e com concurso público específico.

■ 11.8.6.2.5. A Justiça Militar da União julga civil?

Cabe observar importante diferenciação. Conforme veremos a seguir, a **Justiça Militar Estadual não julga civil**, mas somente *policial militar* e

bombeiro militar (regra expressa do art. 125, §§ 3.º, 4.º e 5.º).[75]

Contudo, a **Justiça Militar da União**, que julga os militares integrantes das Forças Armadas, em certos casos, também poderá julgar o **civil**.

De acordo com o art. 9.º, III, do Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001/69), consideram-se crimes militares, **em tempo de paz**, os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por **civil**, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como também os do inciso II, nos seguintes casos:

- contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
- em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
- contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
- ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência à determinação legal superior.

Nesse sentido: "Considerando que compete à Justiça Militar (da União, acrescente-se) o julgamento de crime cometido por civil em face de patrimônio pertencente à União que está sob a administração militar (CPM, art. 9.º, III, *a*), a Turma negou provimento a recurso em *habeas corpus* no qual se pretendia ver declarada a competência da justiça comum para julgamento da espécie — consistente no suposto superfaturamento de serviços por médico civil, em decorrência de contrato de prestação de serviços firmado com a Marinha —, sob alegação de que não se teria atingido o patrimônio direcionado às atividades militares próprias. Precedente citado: HC 79.792-PA (*DJU* de 03.03.2000). RHC 81.048-PE, Rel. Min. Moreira Alves, 7.8.2001 (RHC-81048)" ***(Inf. 236/STF)***.[76]

11.8.6.2.6. E os crimes dolosos contra vida?

O art. 124, da CF/88, estabelece que à Justiça Militar compete processar e julgar **os crimes militares definidos em lei**, qual seja, no caso, o *Código Penal Militar*.

Assim, se o crime doloso contra vida for praticado por um **militar** contra outro **militar**, a competência para julgamento, fixada na lei (art. 9.º), será da

Justiça Militar.

E se a vítima for **civil**?

Nesse caso, devemos encontrar a resposta na **lei**.

Isso porque a Constituição não definiu qualquer regra. Apenas estabeleceu, conforme visto, no art. 124, que a competência será definida na lei, no caso, no *Código Penal Militar (CPM)*.

Antes de responder, observamos que, para a **Justiça Militar Estadual**, no entanto, há regra explícita, estabelecendo a competência do Tribunal do Júri se a vítima for civil (art. 125, § 4.º, CF/88).

Para a **Justiça Militar da União**, o art. 9.º, parágrafo único, do CPM, estabelece que os crimes de que trata este artigo, quando **dolosos contra a vida** e cometidos contra **civil**, serão, por regra, da competência da **justiça comum**, qual seja, no caso, do Tribunal do Júri.

Mas **CUIDADO**: referido dispositivo foi alterado pela **Lei n. 12.432/2001**, que excepcionou a regra geral e estabeleceu que a competência será da **Justiça Militar**, *mesmo na hipótese de crimes dolosos contra vida cometidos contra civil*, **quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei n. 7.565, de 19.12.1986 — Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA)**.

O art. 289, do CBA, estabelece que, na infração aos preceitos do Código ou da legislação complementar, a **autoridade aeronáutica** poderá tomar, dentre várias providências administrativas, as de **detenção**, interdição ou apreensão de aeronave, ou do material transportado.

Por sua vez, o art. 303, do CBA, estabelece que a **aeronave** poderá ser **detida** pelas autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

- se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;
- se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;
- para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;
- para verificação de sua carga no caso de restrição legal (art. 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do art. 21);
- para averiguação de ilícito.

Nesses casos, a autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será

classificada como **hostil**, ficando sujeita à **medida de destruição**, após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada, no caso, nos termos do art. 10, do Dec. n. 5.144/2004, o *Comandante da Aeronáutica*.

O art. 5.º, do referido decreto, estabelece que a **medida de destruição** consiste no **disparo de tiros**, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave **hostil**, e somente poderá ser utilizada como **último recurso** e após o **cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes**, no ar ou em terra.

Essa possibilidade de destruição da aeronave e, assim, como decorrência da medida, a eventual **morte de civis** que estejam a bordo foram introduzidas pela **Lei n. 9.614/98**, que ficou conhecida como **"Lei do Abate"**, havendo ampla regulamentação no citado Dec. n. 5.144/2004.

Naturalmente, autoridade responderá por seus atos quando agir com **excesso** ou **abuso de poder** ou com **espírito emulatório**, e, assim, nessas circunstâncias, caracterizado eventual crime doloso contra a vida (no caso, por exemplo, a morte dos tripulantes da aeronave considerada supostamente hostil), a competência para julgamento do militar não será da justiça comum (apesar de civil a vítima), mas da **Justiça Militar**.

Assim, muito **cuidado** nos termos expostos, **quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei n. 7.565/86 (CBA)**, a Justiça Militar da União será competente para julgar suposto crime doloso contra vida praticado contra civil.

■ 11.8.6.2.7. A Lei n. 9.099/95 (que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e outras providências) se aplica no âmbito da Justiça Militar?

De acordo com o art. 90-A, da Lei n. 9.099/95, incluído pela Lei n. 9.839/99, as disposições contidas na *Lei dos Juizados Especiais* não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

Esse entendimento foi **confirmado** pelo STF no julgamento do **HC 99.743** (j. 06.10.2011), no qual se discutia a aplicação do art. 88, II, "a", do *Código Penal Militar*, que exclui a *suspensão condicional da pena* em relação a diversos crimes, como, no caso em análise, na hipótese de **crime de deserção**, bem como a impossibilidade de serem aplicadas regras mais benéficas da *Lei dos Juizados Especiais*, como a do "*sursis* processual" (art. 89, da Lei n. 9.099/95).

Apesar da fixação desse entendimento no sentido da constitucionalidade

de referida exclusão em relação aos militares, restou em aberto se referida exclusão se aplica também quando o réu for um **civil**.

Assim, essa discussão se resume à **Justiça Militar da União**, já que, conforme visto, a Justiça Militar Estadual não julga civis.

Em **nosso entender**, o art. 90-A, da Lei n. 9.099/95, **não se aplica na hipótese de crime militar cometido, em tempo de paz, por civil**. Ou seja, a regra de afastamento da Lei dos Juizados Especiais só se aplica se o crime for praticado por **militar**.

Isso porque os civis, em nosso entender, apesar de poderem ser julgados pela Justiça Militar da União, **não** estão sujeitos aos **valores da hierarquia** e **disciplina** (art. 142, CF/88) e, assim, devem ter direito às **normas penais mais benéficas** estabelecidas na Lei n. 9.099/95.

CUIDADO: o tema ainda não foi analisado pelo STF, que, no HC 99.743 citado, estabeleceu, sem qualquer dúvida, a constitucionalidade do art. 90-A, da Lei n. 9.099/95, e, assim, a não aplicação das disposições contidas na *Lei dos Juizados* no âmbito da Justiça Militar quando o crime for praticado por militar (a situação concreta dos autos). Os Ministros Luiz Fux, Ayres Britto e Celso de Mello declararam, em *obter dictum*, que, se o réu fosse civil, a regra restritiva não deveria ser aplicada **(matéria pendente)**.

11.8.6.2.8. A Justiça Militar da União e a Reforma do Judiciário

Em relação à primeira etapa da *Reforma do Judiciário*, aprovada como EC n. 45/2004, cabe observar que **nada foi modificado no tocante à estrutura da Justiça Militar da União**.

A *PEC n. 29-A* (*358/05-CD*), contudo, que voltou para a CD e ainda precisa ser apreciada ("*PEC Paralela do Judiciário*"), nos mesmos termos da EC n. 45/2004 (art. 125, § 5.º — julgamento de ações judiciais contra atos disciplinares dos militares **estaduais**), também, **se aprovada**, ampliará a competência da Justiça Militar da **União** para o julgamento de matéria de natureza disciplinar.

Assim, se em provas de concurso perguntarem se a Justiça Militar da União julga matéria não militar (civil ou disciplinar), até o presente momento, a resposta deverá ser **negativa**, já que, enfatize-se, conforme estudamos, a competência para o julgamento de matéria civil, nas hipóteses elencadas, está restrita à Justiça Militar Estadual e à do DF, por força da novidade trazida pela *Reforma do Judiciário* (EC n. 45/2004). No caso dos Militares das Forças Armadas, em se tratando de matéria *não militar*, a competência continua sendo da **Justiça Federal**.

11.8.6.3. Justiça Militar dos Estados

11.8.6.3.1. Atribuições

Compete à Justiça Militar dos Estados, que poderá ser criada por lei estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, processar e julgar os **militares** dos Estados, nos **crimes militares** definidos em lei, e as **ações judiciais** contra atos **disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil**, cabendo ao **tribunal** competente decidir sobre a **perda do posto** e da **patente** dos **oficiais** e da **graduação** das **praças** (art. 125, § 4.º).

Diante dessa regra, percebe-se que a Justiça Militar Estadual não julga civil, já que lhe compete "processar e julgar os **militares**...".

Assim, se um civil praticar o crime de furto em um quartel da Polícia Militar do **Estado**, ele será processado e julgado pela **Justiça comum** e com fundamento no CP e CPP.

E, então, qual foi a grande novidade trazida pela **EC n. 45/2004**?

Conforme vimos, pela primeira vez, a Justiça Militar dos Estados passa a poder julgar **ato disciplinar**, matéria essa anteriormente afeta às Varas da Fazenda Pública.

Como assinalou Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, "a definição de ato disciplinar ensejará várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais, mas a princípio poderá ser entendido como sendo o ato administrativo por meio do qual a Administração Pública Militar impõe uma sanção ao militar infrator, que foi acusado da prática de uma transgressão disciplinar, contravenção disciplinar, de natureza leve, média, ou grave, prevista no Regulamento Disciplinar, ou no Código de Ética e Disciplina".[77]

E se o crime praticado for de competência do júri?

Se a **vítima** for **civil**, a competência será do **júri popular**. No entanto, se a vítima for militar, o crime doloso contra a vida, praticado por outro militar estadual, continua sendo da Justiça Militar.

Dessa maneira, a controvérsia sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.299/96, que alterou o art. 9.º do CPM e o art. 82 do CPPM, fixando a competência da Justiça comum, ao menos em relação aos militares estaduais, está resolvida.

E, nessa hipótese, qual o processamento?

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, em interessante observação, destaca que "os militares estaduais serão denunciados em caso de indícios de autoria e materialidade pelo promotor de justiça que atua perante o Tribunal do Júri. É importante observar que *a Emenda Constitucional confirmou a competência da Justiça Comum, mas não alterou as disposições da Lei Federal n.*

9.299/1996, que determina que o Inquérito Policial que apura a prática do crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil é o Inquérito Policial Militar — IPM. Assim, concluído o IPM este deverá ser remetido à Justiça Militar, para ser distribuído a um dos promotores de justiça que atua perante aquela Justiça Especializada. Após a manifestação do promotor, caberá ao juiz-auditor remeter os autos à Justiça Comum, Vara do Júri, para que o acusado seja processado e julgado na forma das disposições do Código de Processo Penal”.[78]

11.8.6.3.2. Composição e competência

Em relação à **composição** da Justiça Militar Estadual, a **EC n. 45/2004** estabeleceu no art. 125, § 3.º, da CF/88, que a lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, constituída, em primeiro grau, pelos **juízes de direito** e pelos **Conselhos de Justiça** e, em segundo grau, pelo próprio **Tribunal de Justiça (TJ)**, ou por **Tribunal de Justiça Militar (TJM)** nos Estados em que o efetivo militar seja **superior** a **20 mil integrantes** (como em SP, Minas e RS).

Do acórdão da decisão do TJM ou TJ caberá recurso para o STJ ou STF, ou para ambos, de acordo com a matéria. Assim, deve-se deixar bem claro que o STM (Superior Tribunal Militar) não aprecia matéria proveniente da Justiça Militar Estadual, restringindo-se à Justiça Militar Federal.

Percebe-se, assim, que, muito embora mantido o *escabinato* (colegiado formado por juízes togados e leigos com valor de voto igual para todos), materializando verdadeiro juízo hierárquico, há a possibilidade de **julgamento monocrático** na Justiça Militar Estadual.

O § 5.º do art. 125, introduzido pela EC n. 45/2004, dispõe que compete aos **juízes de direito** do juízo militar processar e julgar, **singularmente**, os **crimes militares cometidos contra civis** e as **ações judiciais contra atos disciplinares militares**, cabendo ao **Conselho de Justiça**, sob a **presidência de juiz de direito**, processar e julgar os demais crimes militares.

Ao **Conselho de Justiça Permanente** compete processar e julgar as **Praças** (soldados, cabos, sargentos e subtenentes) e **Praças Especiais** (Aspirante a Oficial e Aluno Oficial) da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar nos crimes militares definidos em lei, enquanto ao **Conselho de Justiça Especial**, os **Oficiais** (tenentes, capitães, majores, tenentes-coronéis e coronéis) da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar nos delitos previstos na legislação penal militar.

Roberto Botelho observa que mesmo antes da Reforma, que fixou a presidência dos Conselhos para o juiz de direito, “... desde aquela época, todas

as coletas de oitivas das partes já eram materializadas pelo juiz de direito togado...”.[79]

Assim, o **juiz de direito do juízo militar estadual** julgará, singularmente, todo *crime militar cometido (pelo militar)* contra o civil, **exceto o crime doloso contra a vida**, já que, nos termos do art. 125, § 4.º, fica ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, e, como novidade e já estudado, julgará, também, os atos disciplinares *praticados pelos militares*.

CUIDADO: em relação à Justiça Militar da União, essa competência continua afeta ao Conselho de Justiça (Especial ou Permanente), não tendo sido atribuída a juiz-auditor[80] pela EC n. 45/2004, embora a previsão na *PEC Paralela da Reforma do Judiciário* ainda esteja pendente de apreciação pelo Congresso Nacional.

Nesses casos de *crimes militares cometidos contra civil* (com a ressalva dos crimes dolosos contra vida), “os militares integrantes dos Conselhos, Especial ou Permanente, não poderão participar dos atos instrutórios. A matéria será analisada exclusivamente pelo Juiz, independentemente do grau hierárquico do militar acusado, praça ou oficial. A competência em atendimento a norma constitucional não mais se estabelece pelo posto ou graduação do agente, mas em razão da vítima ser um civil e suportar uma infração penal em tese praticada por um militar”.[81]

Os demais crimes militares definidos em lei serão julgados pelo **Conselho de Justiça**, que, formado pelo **juiz togado** e por **4 juízes militares**, oficiais, sorteados e temporários para o exercício da função específica, será por aquele **(juiz de direito)** presidido.

Finalmente, conforme visto, na Justiça Militar Estadual, o órgão recursal é o TJ ou TJM (onde houver), com atribuições também originárias, nos termos da lei.

Destacamos a previsão contida no art. 125, § 4.º, CF/88, que estabelece ser atribuição do **tribunal competente** decidir sobre a **perda** do **posto** e da **patente** dos **oficiais** e da **graduação** das **praças**, remetendo para a discussão no item seguinte.

Por todo o exposto, podemos resumir:

- a Justiça Militar Estadual **não julga civil**, em nenhuma hipótese;
- crime militar definido em lei praticado por militar estadual contra militar — julgamento pela Justiça Militar — *Conselho de Justiça Especial ou Permanente*, sob a presidência do juiz de direito;
- crime militar definido em lei praticado por militar estadual contra civil — Justiça Militar (*juiz de direito,* e não o Conselho — *vide* art. 125,

§ 5.º), ressalvada a competência do júri popular (se a vítima for civil);

- crime doloso contra a vida praticado por militar contra militar — a competência para processar e julgar é do Conselho de Justiça, presidido pelo juiz de direito da Justiça Militar Estadual;
- o órgão recursal que aprecia a decisão da primeira instância (Auditorias Militares Estaduais), além de possuir competência originária, é o **TJ** ou o **TJM** (onde houver), e não o STM.

11.8.6.3.3. Aplicação da pena de perda do posto e da patente (oficiais) e da graduação (praças): atribuição exclusiva do Tribunal competente ou possibilidade de ser imposta como pena acessória?

O art. 102 do *Código Penal Militar (CPM)* estabelece que a condenação da **praça** a pena privativa de liberdade, por tempo superior a 2 anos, importa sua **exclusão** das Forças Armadas.

Assim, a grande questão que está em aberto é saber se a perda do **posto** (Oficiais) e da **graduação** (Praças) dos **militares estaduais** depende ou não de procedimento específico perante o **Tribunal** competente, ou se pode ser aplicada como pena acessória nos termos do art. 102, do CPM.

Inicialmente, devemos confrontar o dispositivo indicado com o art. 125, § 4.º, CF/88, e o art. 142, § 3.º, VI e VII. Vejamos:

Art. 102 do CPM	Art. 125, § 4.º, CF/88	
■ "a condenação da **praça** a pena	■ "compete à Justiça Militar estadual	

privativa de liberdade, por tempo superior a 2 anos, importa sua exclusão das Forças Armadas”	processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri	f i c c i p c r c p e p t e t g

quando a vítima for civil, cabendo ao **tribunal competente** decidir sobre a **perda** do **posto** e da **patente** dos **oficiais** e da **graduação** das **praças**”

A regra do art. 142, § 3.º, VI e VII, exige procedimento especial e autônomo por **Tribunal Militar Competente** para o reconhecimento da perda do **posto** e da **patente** do **Oficial** que for julgado **indigno do oficialato ou com ele incompatível**.

Ao que se observa, a regra se aplica apenas aos **oficiais**, na medida em que as praças têm graduação, e não posto.

Essa regra se aplica apenas aos Oficiais das Forças Armadas?

O art. art. 142, § 3.º, VI e VII, traz regras sobre as Forças Armadas, mas, por força do art. 42, também se aplica aos militares estaduais.

Portanto, a regra de necessidade de decisão de **Tribunal Militar** competente deve ser estendida aos **oficiais** militares estaduais.

E como fica a situação das **praças estaduais**?

Como o texto do art. 142, § 3.º, VI e VII, direciona-se apenas aos **oficiais**, segundo **alguns** Ministros do STF, tendo em vista que esse dispositivo é aplicado aos militares estaduais, por força do art. 42, CF/88, para as **praças estaduais** valeria a regra do art. 102 do CPM, e, assim, a exigência de procedimento específico para declaração da perda de cargo por Tribunal Militar não teria que ser observada.

Nesse sentido já se pronunciaram o Min. Marco Aurélio e o Min. Ricardo Lewandowski (RE 447.859, **matéria pendente de julgamento**).

Contudo, em sentido contrário, Cármen Lucia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello entendem que "a **perda de graduação das praças das polícias militares** deve ser **declarada** pelo **tribunal competente** — ou o Tribunal de Justiça ou Tribunal de Justiça Militar onde houver — mediante procedimento específico" (*Notícias STF, 04.06.2009*).

Concordamos com esse entendimento, especialmente diante da regra explícita do art. 125, § 4.º, CF/88, que estabelece ser competência do **tribunal competente** decidir sobre a **perda** do **posto** e da **patente** dos **oficiais** e da **graduação** das **praças**.

Resumindo:

- **Oficiais das Forças Armadas** (Marinha, Exército e Aeronáutica): o **oficial** só perderá o **posto** e a **patente** se for julgado **indigno do oficialato ou com ele incompatível**, por decisão de **tribunal militar**, exigindo-se procedimento específico, não podendo ser aplicada a perda como pena acessória;
- **Praças das Forças Armadas** (Marinha, Exército e Aeronáutica): como a indicação de procedimento específico só se direciona aos

oficiais (art. 142, § 3.º, VI e VII), essa exigência da necessidade de decisão por **tribunal militar** não se aplica às praças das Forças Armadas;

- **Militares Estaduais** (PM e Corpo de Bombeiros), **oficiais** ou **praças**: em nosso entender, aplica-se, para ambos, o art. 125, § 4.º, CF/88, que exige um procedimento específico, perante **Tribunal Militar** competente, devendo ser afastado o art. 102 do CPM. Não se aplica a regra do art. 142, § 3.º, VI e VII, que se direciona apenas aos oficiais, na medida em que o art. 125, § 4.º, é **norma especial** que prevalece sobre a regra geral. (**CUIDADO:** apesar de haver julgamentos do STF anteriores nesse sentido,[82] a **matéria está pendente de julgamento** pela nova composição do STF).[83]

11.8.6.3.4. Hierarquia militar estadual (postos e graduações da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar)

Conforme visto, a **hierarquia** e a **disciplina** também são a base institucional dos **Militares Estaduais** (PM e Corpo de Bombeiros), sendo que a autoridade e a responsabilidade aqui também crescem com o grau hierárquico.

A **ordenação** se faz por **postos** (oficiais) ou **graduações** (praças) e, dentro de um mesmo posto ou graduação, pela **antiguidade** (no posto ou na graduação).

Os graus hierárquicos seguem, com algumas particularidades, os do Exército. Não se fala em oficiais generais, **não existindo**, assim, no âmbito dos militares estaduais, *General* e *Marechal*. Abaixo reproduzimos quadro para conhecimento[84],[85]:

	POLÍC MILITA
OFICIAIS	Coror

SUPERIORES	PM
	■ Tener coronel PM
	■ Major PM
OFICIAIS INTERMEDIÁRIOS	■ Capit PM
OFICIAIS SUBALTERNOS	■ 1.º Tenente PM
	■ 2.º Tenente PM
PRAÇAS	■

ESPECIAIS	Aspiran a Oficia PM
	■ Aluno Oficial PM85
GRADUADOS (PRAÇAS)	■ Subtene PM
	■ 1.º Sargent PM
	■ 2.º Sargent PM

	■ 3.º Sargent PM
	■ Cabo PM
	■ Solda PM

■ 11.8.6.3.5. Ministério Público Estadual e Defensoria Pública Estadual (Justiça Militar Estadual)

Cabe observar que tanto o Ministério Público Estadual como a Defensoria Pública Estadual mantêm **representantes** junto à Justiça Militar Estadual.

CUIDADO: em relação ao Ministério Público, contudo, apesar de no âmbito **federal** existir uma carreira própria para atuação perante a **Justiça Militar da União**, qual seja, o **MPM** (art. 128, I, "c"), no âmbito **estadual**, seja em primeiro grau (**Auditorias Militares**, que correspondem às Varas na Justiça Comum), ou mesmo no TJ ou TJM onde houver (SP, MG e RS — art. 125, § 3.º, CF/88), a atuação dar-se-á por um membro do **MP Estadual**, **não** havendo uma carreira própria e específica de *Ministério Público Militar Estadual*. Trata-se de *Promotoria de Justiça especializada com atuação perante a Auditoria Militar* e o *TJ* ou *TJM* onde houver (SP, MG e RS).

■ 11.8.6.4. Justiça Militar do Distrito Federal

Na mesma linha das regras para os Estados-membros, o art. 36 da Lei n. 11.697/2008 estabelece que a **Justiça Militar do Distrito Federal** será exercida pelo **TJ** em segundo grau e, em primeiro grau, pelo **Juiz de Direito do Juízo Militar** e pelos **Conselhos de Justiça** (*Conselho Permanente de Justiça*, para processar e julgar as *Praças* e *Praças Especiais*, e *Conselho*

Especial de Justiça, para processar e julgar os *Oficiais*), tendo por competência o processo e o julgamento dos crimes militares, definidos em lei, praticados por Oficiais, Praças e Praças Especiais da Polícia Militar do Distrito Federal e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal.

Em nosso entender, embora a EC n. 45/2004 tenha se referido (em relação às novidades) somente à Justiça Militar Estadual, as regras apresentadas também valerão para a Justiça Militar do DF, apesar de organizada e mantida pela União.

■ 11.8.7. Tribunais e Juízes dos Estados

Residualmente, compete à Justiça Estadual tudo o que não for de competência das Justiças especiais ou especializadas, nem da Justiça Federal.

Assim, para se ter um exemplo, o STF editou a **SV n. 27/2009** (*DJE* de 23.12.2009): "compete à **Justiça estadual** julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, **quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente**", não se caracterizando, portanto, a regra contida no art. 109, I.

Organiza-se em dois graus de jurisdição ("instâncias"), sendo o primeiro, em regra, monocrático, ou seja, o julgamento é realizado por um só juiz (exceções: Juntas Eleitorais, Tribunal do Júri, Conselhos de Justiça Militares etc.)[86] e o segundo, normalmente, por órgãos colegiados (veja, contudo, a regra do art. 34 da Lei n. 6.830/80, admitindo, além de embargos de declaração, os "embargos infringentes" em face das decisões proferidas nas execuções fiscais de até 50 ORTN, para *o mesmo juízo singular prolator da decisão*. Lembrar a possibilidade de cabimento de recurso extraordinário contra a aludida decisão que julga os embargos infringentes, desde que esgotada a instância ordinária, nos termos da **S. 640/STF** e *leading case* no RE 136.154-9).

Como visto, existe expressa possibilidade de lei estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, criar a **Justiça Militar Estadual** (art. 125, §§ 3.º, 4.º e 5.º), já analisada nos termos da **EC n. 45/2004**.

Por fim, em busca da efetividade do processo e da adequada prestação jurisdicional, a *Reforma do Judiciário* introduziu duas importantes regras, nos termos dos §§ 6.º e 7.º do art. 125:

- ■ a possibilidade de o TJ funcionar **descentralizadamente**, constituindo **Câmaras regionais**, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à Justiça em todas as fases do processo;
- ■ o dever de instalar a **Justiça itinerante**, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites

territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

■ 11.8.8. Varas Agrárias e os conflitos fundiários

No tocante à solução de **conflitos fundiários**, o Tribunal de Justiça Estadual proporá a criação de Varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias (art. 126, *caput,* na redação determinada pela EC n. 45/2004), sendo que, sempre que necessário, far-se-ão presentes no local do litígio. No entanto, havendo fatos que atentem contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei, a competência será da **Justiça Federal** (art. 109, I, c/c o art. 144, § 1.º, I).[87]

Cabe lembrar, em relação aos conflitos fundiários, a existência de Varas especializadas também em âmbito federal, embora ainda não implementadas na maioria dos Estados da Federação.

Assim, por exemplo, havendo interesse da União, ou, ainda, do INCRA (autarquia federal), a competência será da Justiça Federal.

Procurando a fixação de limites para a identificação das matérias de competência das Varas Agrárias Estaduais, levando em conta interessante compilação de entendimentos doutrinário e jurisprudencial, *Eneas de Oliveira Matos* fixou como de competência de Vara Especializada Estadual as questões agrárias decorrentes e referentes:

> ■ "do domínio, da posse da terra e de direitos de vizinhança em terras rurais; assim, por exemplo, as ações possessórias, reivindicatórias, usucapião, demarcatórias e divisórias;
> ■ à disputa do solo, seus acessórios naturais e benfeitorias; assim, também, as relativas aos direitos reais sobre propriedades rurais, considerada a especificidade da propriedade imobiliária rural;
> ■ do registro público dos imóveis rurais;
> ■ à prática da atividade agrária, assim consideradas as atividades agrárias de produção, as rurais típicas, como de lavoura, pecuária, hortigranjearia, extrativismo animal e vegetal, exploração florestal, exploração florestal atípica, como a agroindústria, atividade agrária de conservação dos recursos naturais renováveis, atividades agrárias de pesquisa e experimentação, e atividades complementares da atividade agrária; excluindo-se as atividades relacionadas com energia hidráulica, exploração de minérios e recursos marítimos;
> ■ dos negócios com os bens agrários e assim dos contratos agrários, incluindo-se as causas referentes ao crédito e fomento da atividade agrária, e as da produção e comercialização de produtos;
> ■ para ações de reparação de dano com origem na atividade agrária".

E concluiu: "estão excluídos, como se pode notar, evidentemente, das

Varas Agrárias Estaduais os casos em que há competência em razão da pessoa e em razão da matéria para a Justiça Federal, e também as causas trabalhistas (de competência da Justiça do Trabalho), previdenciárias e tributárias (da Justiça Federal), causas referentes a crimes e contravenções penais (às varas criminais e juizados especiais criminais, destinando-se as Varas Agrárias Estaduais mais para o problema fundiário e de desenvolvimento da atividade agrária) ou, ainda, nas comarcas que, tendo em vista o volume de demandas agrárias, não se justifique a criação de Vara Agrária Estadual, pelo que, nesse caso, deverão ser julgadas perante Vara Cível".[88]

Cabe lembrar que a *Portaria n. 491,* de 11.03.2009 (CNJ), após a Recomendação n. 22/2009, instituiu, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o **Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução dos Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos**, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e a prevenção de novos conflitos.

Em 11.05.2009, ocorreu o *Seminário de Instalação do Fórum Nacional Fundiário*, tendo sido elaboradas propostas de aprimoramento da gestão fundiária no Brasil, destacando-se:

- criação de Varas Agrárias;
- mediação e conciliação dos conflitos agrários;
- combate ao trabalho análogo ao trabalho escravo;
- capacitação de magistrados.

Sem dúvida, a especialização na matéria caracterizará importante ferramenta para a efetividade e, então, cumprimento de objetivos da *Reforma do Judiciário*.

Segundo Gilmar Mendes, na cerimônia de instalação do *Fórum*: "uma judicialização efetiva, uma resposta no tempo socialmente certo e politicamente adequado 'minimiza, reduz e previne outros conflitos'" (*Notícias STF*, 11.05.2009).

11.8.9. Justiça Estadual é competente para julgar crimes comuns entre silvícolas

Por 6 X 3, o STF entendeu, no julgamento do **RE 419.528**, que "crimes comuns cometidos entre índios serão julgados pela Justiça comum".

Buscava-se apurar a prática dos crimes de ameaça, lesão corporal, constrangimento ilegal e/ou tentativa de homicídio, atribuídos a 3 índios contra uma menina de 15 anos, também de origem indígena.

Conforme o voto do Ministro Cezar Peluso, acompanhando os fundamentos do voto do Ministro Maurício Corrêa, no tocante ao alcance do art. 109, XI, da CF, no julgamento do HC 81.827/MT (*DJU* de 23.08.2002), a competência será da Justiça Federal quando forem veiculadas "... questões ligadas aos **elementos da cultura indígena** e aos **direitos sobre terras**, não abarcando delitos isolados praticados sem nenhum envolvimento com a comunidade indígena (...). Para o Min. Cezar Peluso, a expressão 'disputa sobre direitos indígenas', contida no mencionado inciso XI do art. 109, significa: **a existência de um conflito que, por definição, é intersubjetivo; que o objeto desse conflito sejam direitos indígenas; e que essa disputa envolva a demanda sobre a titularidade desses direitos**. Asseverou, também, estar de acordo com a observação de que o art. 231 da CF se direciona mais para tutela de bens de caráter civil que de bens objeto de valoração estritamente penal". Assim, "o delito comum cometido por índio contra outro índio ou contra um terceiro que não envolva nada que diga singularmente respeito a sua condição de indígena, não guarda essa especificidade que reclama da Constituição a tutela peculiar prevista no art. 231, nem a competência do art. 109, XI". Nessas hipóteses, a competência será da Justiça Estadual (RE 419.528/PR, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, 03.08.2006 — *Inf. 434/STF*).[89]

■ 11.8.10. Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios

Como vimos, a *Justiça do Distrito Federal e Territórios*, formada pelos Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios, será **organizada** e **mantida** pela **União** (arts. 21, XIII, 22, XVII; e 33, § 3.º), que também criará os Juizados Especiais e a Justiça de Paz (art. 98, I e II).

Trata-se, portanto, de **leis federais**, alertando-se, contudo, que a **iniciativa** para o encaminhamento dos projetos de lei será **exclusiva** do **TJDFT**, nos termos do **art. 96, II**, CF/88, destacando-se a **Lei (Federal) n. 11.697/2008** (*dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios*) e o *projeto de lei* (*federal, encaminhado pelo TJDFT*), dispondo sobre o provimento de mandato eletivo de juiz de paz, já apreciado pelo CNJ no *Parecer de Mérito sobre o Anteprojeto de Lei n. 0005505-50.2011.2.00.0000*.

Ainda, nos termos do parágrafo único do art. 110, da CF/88, em relação aos **Territórios**, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais (Justiça Federal comum) caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei.

Nesse sentido, em relação ao **Distrito Federal**, *e isso pode ser um detalhe para fazer a diferença nos concursos*, *cada vez mais exigentes*, conforme ensina José Afonso da Silva, "... o Poder Judiciário (...), em

verdade, não é dele, pois, nos termos do art. 21, XIII, compete à União *organizar* e *manter* o Poder Judiciário *do* Distrito Federal; 'do' no texto constitucional não indica uma relação de pertinência, mas de simples localização, significando aquele que atua no território da unidade federada. Se é à União que cabe organizar e manter, isso significa que o órgão é dela, embora destinado ao Distrito Federal. Nesse particular, a autonomia deste ficou razoavelmente diminuída... uma vez que o Poder Judiciário que nele atua continuará na mesma situação do regime constitucional anterior, tanto que está igualmente previsto que é da competência da União legislar sobre a organização Judiciária do Distrito federal... (art. 22, XVII)".[90]

Para reforçar a regra acima, cabe lembrar o art. 53 da Lei Orgânica do DF (Lei n. 11.697/2008), que estabelece serem Poderes do DF, independentes e harmônicos entre si, o **Executivo** e o **Legislativo**, não incluindo o Poder Judiciário, que, como vimos, é organizado e mantido pela **União**.

Nessa linha, destacamos, finalmente, o art. 98, I e II, da CF, que atribuiu à **União** competência para a criação dos *Juizados Especiais* e da *Justiça de Paz* no Distrito Federal e Territórios.

■ 11.9. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E CONVOCAÇÃO DE JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU PARA COMPOR ÓRGÃO JULGADOR DE TRIBUNAL

Com certa frequência, especialmente depois de terem sido fixadas *metas* de julgamento em razão da *Reforma do Judiciário*, tem sido vista a convocação de juízes de primeiro grau para atuar em Tribunal, tendo sido essa medida veementemente questionada, por suposta afronta ao princípio do **princípio do juiz natural**.

Basicamente, alega-se violação à regra contida no art. 5.º, XXXVII e LIII, assim como:

- ■ **art. 93, III** — "o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância";
- ■ **art. 94** — regra do "quinto constitucional", já estudada e que define a forma de composição dos Tribunais, não havendo previsão de "mera convocação" para atuação em 2.º grau de jurisdição;
- ■ **art. 98, I** — ao tratar dos juizados especiais, admite a composição das *Turmas Recursais* por juízes de 1.º grau e, portanto, a atuação dos juízes de 1.º grau seria constitucionalmente admitida apenas nos Juizados, não havendo previsão para os Tribunais.

A argumentação parece bastante razoável e consistente, mas o STF,

diante da ideia de *efetividade e celeridade processual* (art. 5.º, LXXVIII), nessa ponderação de valores, vem fazendo prestigiar a agilidade, até porque, segundo analisado, as convocações estão sendo feitas com base em lei.

No caso concreto do Estado de São Paulo indicado abaixo, com o objetivo de julgar considerável acervo de processos acumulados, nos termos da lei, foram criadas **câmaras extraordinárias**, integradas por juízes de 1.º grau e presididas por um desembargador.

Conforme apurado, "... o sistema de convocação de magistrados de primeiro grau na Justiça paulista seria uma resposta aos comandos emanados da EC 45/2004, tendo sido implantado nos termos da LC estadual 646/90, dela se distinguindo apenas no aspecto de que a convocação dos magistrados de primeiro grau se daria mediante publicação de edital na imprensa oficial. Acrescentou-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo em nada teria inovado quanto a essa prática, tendo em vista que a Justiça Federal também dela faria uso, com base no art. 4.º da Lei 9.788/99 (...), sem que nenhum de seus julgamentos tivesse sido anulado. Observou-se que a integração dos juízes de primeiro grau nas câmaras extraordinárias paulistas se daria de forma aleatória, sendo os recursos distribuídos livremente entre eles, e que as convocações seriam feitas por ato oficial, prévio e público, não havendo se falar em nomeação *ad hoc*. Assim, tais magistrados não constituiriam juízes de exceção" (*Inf. 581/STF* — **HC 96.821**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 08.04.2010, Plenário, *DJE* de 25.06.2010. Em igual sentido, cf. **RE 597.133/RS**, j. 17.11.2010, *Inf. 609/STF*).

Destacou-se, ainda, a previsão do art. 96, I, "a", CF/88, que permite aos tribunais disporem sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, além da regra, em nosso entender sem o sentido que lhe foi dada, contida no art. 118 da *Lei Orgânica da Magistratura Nacional — LOMAN* (LC 35/79).

Finalmente, em verdadeiro sopesamento entre, *apenas para argumentar*, afirmou o STF, o *princípio do juiz natural* e o da *segurança jurídica*, uma vez que existem milhares de decisões já proferidas por juízes convocados em 2.º grau, a Suprema Corte fez prevalecer a **segurança jurídica**.

Com o máximo respeito, não concordamos com essa interpretação, parecendo bastante coerente o *voto vencido* do Min. Marco Aurélio, que demonstra o sentido totalmente diverso da previsão de substituição contida no art. 118 da LOMAN.

■ 11.10. MAGISTRATURA — TETO DE SUBSÍDIO X TETO DE REMUNERAÇÃO — PODER JUDICIÁRIO — CARÁTER NACIONAL E

UNITÁRIO

Nos termos da Lei n. 12.041, de 08.10.2009, a partir de 1.º.02.2010 o subsídio pago aos Ministros do STF e, assim, o teto do funcionalismo passaram a ser de **R$ 26.723,13** (sobre a iniciativa do projeto de lei, cf. *item 9.13.3.6*).

O Presidente do STF, nos termos da **Res. n. 423, de 27.01.2010**, considerando o escalonamento entre os diversos níveis da **Magistratura da União** previsto no art. 93, V, da CF/88 e no § 2.º do art. 1.º da Lei n. 10.474/2002, tornou público o subsídio mensal dos Magistrados da **União** a partir de 1.º.02.2010, partindo do **teto do funcionalismo** fixado pela Lei n. 12.041/2009:

MEMBROS DA MAGISTRATURA	SUBSÍDIO
■ Ministro do STF **(teto do funcionalismo)**	**R$ 26.723,13**
■ Ministro de Tribunal Superior	(–5%) R$ 25.386,97
■ Juiz de Tribunal Regional e	(–5%) R$ 24.117,62

Desembargador do TJDFT (lembrando que compete à União organizar e manter o Poder Judiciário do DF e dos Territórios)	
■ Juiz Federal, Juiz de Vara Trabalhista, Juiz Auditor Militar e Juiz de Direito	(–5%) R$ 22.911,74
■ Juiz Substituto	(–5%) R$ 21.766,15

Esse escalonamento também vem sendo estabelecido, por ordem

constitucional, em âmbito **estadual**, entre uma **entrância** e outra, de acordo com os níveis locais de organização da magistratura e a partir do teto fixado no art. 37, XI, qual seja, o subsídio dos Desembargadores do TJ, que devem corresponder a, no máximo, 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF (no caso, o valor de **R$ 24.117,62**, ou seja, 90,25% de R$ 26.723,13).

Estamos diante daquilo que o Ministro Sepúlveda Pertence denominou **escalonamento vertical de subsídios de magistrado** (ADI 2.087-MC), nos termos do art. 93, V, que tem a seguinte redação, de acordo com a EC 19/98:

> "O subsídio dos **Ministros dos Tribunais Superiores** corresponderá a **95%** do subsídio mensal fixado para os Ministros do **STF** e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a **10%** ou inferior a **5%**, nem exceder a **95%** do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4.º".

O **CNJ**, ao regulamentar a matéria, nos termos do art. 2.º da **Res. n. 13/2006** (regra mantida pelo CNJ no art. 1.º, parágrafo único, da **Res. n. 14/2006**), estabeleceu que, nos órgãos do Poder Judiciário dos Estados, o **teto remuneratório** constitucional é o valor do subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça, que não pode exceder a 90,25% do subsídio mensal de Ministro do STF.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou a **ADI 3854**, discutindo as referidas regras fixadas pelo CNJ em relação à remuneração da magistratura estadual.

Em **28.02.2007**, de acordo com o *extrato da ata*, o STF, por maioria, concedeu a liminar para, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 37, XI e § 12, da CF/88, o primeiro dispositivo na redação da EC n. 41/2003, e o segundo introduzido pela EC n. 47/2005, **excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração**, bem como para suspender a eficácia do art. 2.º da Resolução 13/2006 e do art. 1.º, parágrafo único, da Resolução n. 14/2006, ambas do CNJ, que fixam, conforme visto, como **limite remuneratório** dos magistrados e servidores dos Tribunais de Justiça, 90,25% do subsídio mensal de Ministro do STF.

De acordo com a decisão do STF, lembrando que foi em sede de liminar, muito embora tenha sido respeitado o teto de subsídio, este não se confunde com o **teto de remuneração**. Isso porque a Constituição não estabeleceu subteto de subsídio para a magistratura federal, que poderá receber, como

remuneração, até o teto do funcionalismo. Conforme vimos, o subteto de 90,25% foi fixado apenas para o âmbito estadual (art. 37, XI).

O art. 93, V, por seu turno, não distinguiu a magistratura em dois âmbitos. De acordo com a Constituição, o **Poder Judiciário** tem caráter **nacional** e **unitário** e por esse motivo é que o art. 93, V, tratou de maneira isonômica a magistratura federal e a estadual, que desempenham funções iguais (jurisdicional) e se submetem a um só estatuto, também de âmbito nacional (art. 93, *caput*, e LC n. 35/79).

Portanto, na medida em que o magistrado federal pode receber até o valor de 100% do subsídio do Ministro do STF (em razão de alguma vantagem funcional e por não haver teto de subsídio previsto no art. 37, XI, que se refere apenas aos magistrados estaduais) e pelo fato de o magistrado estadual não poder ser tratado de modo diferente do federal (magistratura nacional), a remuneração do magistrado estadual poderá ser superior ao teto de subsídio (90,25%), mas sempre respeitando o limite do magistrado federal, que é 100% do subsídio do Ministro do STF, qual seja, o teto do funcionalismo. Nesse sentido, destacamos a ementa:

> "EMENTA: MAGISTRATURA. Remuneração. Limite ou teto remuneratório constitucional. Fixação diferenciada para os membros da magistratura federal e estadual. Inadmissibilidade. **Caráter nacional do Poder Judiciário**. Distinção arbitrária. **Ofensa à regra constitucional da igualdade ou isonomia**. Interpretação conforme dada ao art. 37, inc. XI e § 12, da CF. Aparência de inconstitucionalidade do art. 2.º da Resolução n. 13/2006 e do art. 1.º, § único, da Resolução n. 14/2006, ambas do Conselho Nacional de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida. Voto vencido em parte. Em sede liminar de ação direta, **aparentam inconstitucionalidade normas que, editadas pelo Conselho Nacional da Magistratura, estabelecem tetos remuneratórios diferenciados para os membros da magistratura estadual e os da federal**" (**ADI 3.854-MC**, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.02.2007, Plenário, *DJ* de 29.06.2007) **(matéria pendente de julgamento)**.

■ 11.11. DA JUSTIÇA DE PAZ (ART. 98, II)

■ 11.11.1. Regras gerais

A "Justiça de Paz", prevista nos arts. 161[91] e 162[92] da Constituição do Império de 1824 (juizado eletivo e de conciliação); art. 104, § 4.º, da Constituição de 1934;[93] art. 124, X, da Constituição de 1946;[94] art. 136, § 1.º, da Constituição de 1967;[95] art. 144, § 1.º, da EC n. 1/69;[96] está agora prevista no **art. 98, II, da CF/88**, que determina seja criada, pela União, no

DF e Territórios, e pelos Estados, fixando as seguintes características:

- **remunerada:** segundo decidiu o STF, "a remuneração dos juízes de paz somente pode ser fixada em **lei de iniciativa exclusiva do TJ do Estado**. A regra constitucional insculpida no art. 98 e seu inciso II, segundo a qual a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão a Justiça de Paz, remunerada, não prescinde (*não dispensa*, acrescente-se) do ditame relativo à competência exclusiva enunciada no mencionado art. 96, II, 'b'. As disposições que atribuem remuneração aos juízes de paz, decorrentes de **emenda parlamentar ao projeto original**, de iniciativa do Tribunal de Justiça estadual, **são incompatíveis com as regras dos arts. 2.º e 96, II, 'b', da CF**, eis que eivadas de **vício de inconstitucionalidade formal**, além de violarem, pela imposição de aumento da despesa, o **princípio da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário**" (ADI 1.051, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 02.08.95, Plenário, *DJ* de 13.10.95. *No mesmo sentido*: RE 480.328, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 02.06.2009, 1.ª Turma, *DJE* de 28.08.2009 e ADI 954, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.2011, Plenário, *DJE* de 26.05.2011);
- **remuneração: valor fixo** e **predeterminado**: "os juízes de paz, na qualidade de **agentes públicos**, ocupam **cargo** cuja remuneração deve ocorrer com base em valor fixo e predeterminado, e não por participação no que é recolhido aos cofres públicos. Além disso, os juízes de paz **integram o Poder Judiciário** e a eles se impõe a **vedação** prevista no **art. 95, parágrafo único, II**, da Constituição, a qual proíbe a percepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo pelos membros do Judiciário" (ADI 954). Entendemos, nesse sentido, nos termos do art. 39, § 4.º, que o juiz de paz deve ser **remunerado exclusivamente** por **subsídio** fixado em **parcela única**, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI;[97]
- composta de cidadãos **eleitos** pelo voto direto, universal e secreto, sendo que o art. 14, § 3.º, VI, "c", estabelece, como condição de elegibilidade, a idade mínima de 21 anos;
- juiz de paz exercerá **mandato** de 4 anos;
- terá **competência** para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, **sem caráter jurisdicional**, além de outras previstas na legislação.

O art. 30 do ADCT estabelece que a legislação que criar a Justiça de Paz manterá os atuais juízes de paz até a posse dos novos titulares, assegurando-lhes os direitos e atribuições conferidos a estes, e designará o dia para a

eleição prevista no art. 98, II, da Constituição.

Assim, a melhor delimitação do papel da Justiça de Paz deverá vir por meio de lei, seja federal (criada pela União, para o âmbito do DF e Territórios, mediante projeto de lei encaminhado pelo TJDF), seja estadual (disciplinando a Justiça de Paz no respectivo Estado, sendo, também, o projeto de lei encaminhado pelo TJ local), que, como visto, nos termos do art. 98, II, poderá ampliar as atribuições além daquelas fixadas na CF/88.

Poucas são as **leis estaduais** (e no caso no âmbito do **DF** e **Território**, **lei federal**) que dispõem sobre as Justiças de Paz,[98] assim como a jurisprudência do STF sobre a matéria.

Destaca-se, contudo, a **Lei n. 13.454/2000**, do **Estado de Minas Gerais**, que dispôs sobre processo eleitoral, atribuições e competência de juiz de paz.

O Procurador-Geral da República propôs a **ADI 2.938** contra diversos dispositivos da Lei n. 13.454/2000, de Minas Gerais, interpretando o STF, assim, a amplitude deixada à lei estadual, o que, sem dúvida, poderá servir de precedente e parâmetro para as futuras leis estaduais sobre a matéria.

Pedimos vênia para esquematizar as principais conclusões do STF sobre o tema:[99]

A) A eleição do juiz de paz foi incluída no "sistema eleitoral global" da CF/88, tendo em vista a regra do art. 14, § 3.º, V e VI.

Nesse sentido, exceto quanto ao vocábulo "subsidiária", o STF entendeu como constitucionais os arts. 2.º e 3.º da lei estadual, que trazem interessante regulamentação da matéria: "Art. 2.º As eleições para Juiz de Paz serão realizadas simultaneamente com as eleições municipais, na forma estabelecida por esta lei e mediante a aplicação **subsidiária** do Código Eleitoral e da Legislação federal específica. Parágrafo único. O processo eleitoral de que trata este artigo será presidido pelo Juiz Eleitoral competente". "Art. 3.º O Juiz de Paz é eleito segundo o princípio majoritário, para mandato de quatro anos, pelo voto direto, universal e secreto do eleitorado do distrito ou do subdistrito judiciário respectivo, permitida a reeleição".

B) A filiação partidária é condição compatível com o exercício da Justiça de Paz.

Nesse sentido, o STF entendeu como constitucional o art. 4.º da lei estadual: "Art. 4.º Os candidatos a Juiz de Paz e seus suplentes serão escolhidos nas mesmas convenções partidárias que deliberarão sobre as candidaturas às eleições municipais, observadas as normas estabelecidas na legislação eleitoral e no estatuto dos respectivos partidos políticos".

Deve, assim, ser obedecido o art. 14 da CF. Portanto, o Estado não pode legislar sobre qualquer outra condição de elegibilidade, haja vista tratar-se de matéria eleitoral e, portanto, de competência da União (art. 22, I).

C) As atividades exercidas pelos Juízes de Paz não podem ter qualquer caráter jurisdicional.

C.1) Assim, entendeu (interpretando o art. 15 da lei estadual à luz do art. 98, II, da CF/88) como **atribuições do juiz de paz:**

- arrecadar bens de ausentes ou vagos, até que intervenha a autoridade competente;
- zelar pela observância das normas concernentes à defesa do meio ambiente, tomando as providências necessárias ao seu cumprimento, tendo em vista o disposto no inciso VI dos arts. 23 e 24 da CF/88;
- funcionar como perito em processos, diante da previsão do art. 98, II, que fixa a possibilidade de outorga de outras atribuições;
- nomear escrivão *ad hoc* em caso de arrecadação provisória de bens de ausentes ou vagos.

C.2) Em sentido contrário, entendeu **não serem atribuições** do juiz de paz:

- processar auto de corpo de delito e lavrar auto de prisão, por se tratar de matéria processual penal (art. 22, I);
- prestar assistência ao empregado nas rescisões de contrato de trabalho, por se tratar de matéria trabalhista (art. 22, I).

É de observar, finalmente, que o STF concluiu ser **inconstitucional** a previsão do art. 22 da lei mineira que garante ao juiz de paz o direito a prisão especial, em caso de crime comum, até definitivo julgamento, por se tratar de matéria processual penal de competência da União (art. 22, I).

■ 11.11.2. Os juízes de paz integram o Poder Judiciário?

Essa questão foi amplamente discutida no julgamento da **ADI 954**.[100]

Segundo concluiu a Corte, sem o comprometimento, nesse ponto, do Min. Ayres Britto, na linha do voto do Min. Celso de Mello, a **Justiça de Paz** se qualifica como verdadeira **magistratura eletiva**, com competência de **caráter judiciário** (como as atividades conciliatórias), sem, contudo, poder exercer atividades jurisdicionais (a vedação é explícita no art. 98, II).

Assim, a Justiça de Paz não é apenas **órgão do Poder Judiciário**, como também **integra a organização judiciária local** (art. 98, II, c/c os arts. 92, VII, e 125, § 1.º, todos da CF/88, e art. 112, c/c o art. 17, § 5.º, da LC n. 35/79

— *LOMAN*).

De acordo com as várias manifestações dos Ministros, invocando, inclusive, argumentos de autoridade como o magistério de Pontes de Miranda, os **juízes de paz**:

- são componentes de uma **magistratura especial**, **eletiva** e **temporária**;
- não são vitalícios, já que **eleitos** pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de 4 anos;
- são **inamovíveis** e gozam da **irredutibilidade** de subsídios;
- estão sujeitos às **vedações** do art. 95, parágrafo único, II, CF/88, destacando-se, no caso em análise (*Lei estadual mineira n. 10.180/90*), a vedação de receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
- não podem ter mais de 70 anos;
- as **atividades** por eles desenvolvidas qualificam-se como **estatais**;
- ocupam **cargos vinculados ao mandato eletivo** (*a atividade não é de caráter privado*), e, assim, a **remuneração** deve partir dos **cofres públicos**,[101] não se admitindo participação nas custas devidas pelos usuários do serviço (Min. Marco Aurélio).

11.12. DOS PRECATÓRIOS

11.12.1. Regras gerais

Fazemos breve menção aos precatórios, que serão mais bem estudados em processo civil e em direito administrativo.

Lembramos que a matéria foi inicialmente regulamentada no art. 100, CF/88, sendo alterada pelas **ECs ns. 20/98** (modificando o art. 100, CF/88), **30/2000** (modificação do art. 100, CF/88, e acréscimo do art. 78 ao ADCT), **37/2002** (modificação do art. 100, CF/88, e acréscimo dos arts. 86 e 87 ao ADCT) e, de maneira bastante **complexa** e **tormentosa**, pela **EC n. 62, de 09.12.2009** (modificação do art. 100, CF/88, e acréscimo do art. 97 ao ADCT).

De modo sintético, pode-se dizer que o precatório judicial é o instrumento através do qual se cobra um débito do Poder Público (pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais), conforme o art. 100 da CF/88, em virtude de sentença judiciária.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, o CPC prevê "... um procedimento especial para as execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública, o qual não tem a natureza própria de execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência

forçada de bens. Realiza-se por meio de simples requisição de pagamento, feita entre o Poder Judiciário e Poder Executivo, conforme dispõem os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil”.[102]

Proposta a ação executiva (“execução imprópria”), fundada em título executivo judicial ou extrajudicial, será a Fazenda Pública citada para, nos termos do art. 730, opor embargos, no prazo de **30 dias** (o prazo foi alterado de 10 para 30 dias de acordo com o art. 1.º-B da Lei n. 9.494/97, acrescentado pela MP n. 2.180-35, de 24.08.2001).

No caso de rejeição definitiva dos embargos (lembrar que a sentença proferida contra a Fazenda Pública, ressalvadas as novas regras trazidas pela **Lei n. 10.352/2001**, que serão mais bem estudadas em processo civil, está sujeita ao reexame obrigatório — art. 475, II, do CPC) ou sua não interposição, o juiz, em razão de solicitação do credor, requisitará o pagamento por intermédio do Presidente do Tribunal Superior (o que detém a competência recursal ordinária).

De acordo com o § 5.º do art. 100 da CF/88, antigo § 1.º, renumerado pela EC n. 62/2009, é **obrigatória** a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até **1.º de julho**, fazendo-se o **pagamento** até o **final do exercício seguinte**, quando terão seus valores **atualizados monetariamente**.

A **Súmula Vinculante n. 17/2009-STF** pacificou ao estabelecer que “durante o período previsto no § 1.º do art. 100 da Constituição (atual § 5.º), não incidem **juros de mora** sobre os precatórios que nele sejam pagos”.

Nos termos do art. 100, § 6.º, as dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o **sequestro** da quantia respectiva.

Malgrado o entendimento de os bens públicos serem impenhoráveis, a nosso ver, o referido sequestro pode dar-se tanto sobre a quantia indevidamente recebida pelo credor beneficiado como sobre as rendas da Fazenda Pública infratora, segundo entendimento do Pleno do STF no julgamento do RE 82.456-RJ, de 07.06.1979 (*RTJSTF* 96/651).

A EC n. 62/2009 mantém a regra introduzida pela EC n. 30/2000 ao estabelecer, nos termos do art. 100, § 7.º, que o Presidente do Tribunal competente incorrerá em **crime de responsabilidade** se, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios,

respondendo, também, perante o **CNJ**.

■ 11.12.2. Espécies de precatórios e exceção no caso das obrigações de pequeno valor

Existem duas espécies de precatórios, os de **natureza alimentícia** e os de **natureza não alimentícia**. Aqueles serão pagos preferencialmente (com a exceção do art. 100, § 2.º, introduzido pela EC n. 62/2009), também mediante precatórios, mas obedecendo a uma ordem própria, conforme, inclusive, reforçam a **S. 655/STF**[103] e o art. 6.º, § 1.º, da Lei n. 9.469/97.[104]

A EC n. 30, de 13.09.2000, ao acrescentar o § 1.º-A ao art. 100 da CF/88, definiu os débitos de natureza alimentícia, conceito mantido pela EC n. 62/2009, agora no art. 100, § 1.º, como sendo "... aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado".

Segundo interpretou o STF, "a definição contida no § 1.º-A do art. 100 da Constituição Federal (agora § 1.º), de crédito de natureza alimentícia, **não é exaustiva**. (...). Conforme o disposto nos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.906/94, os **honorários advocatícios** incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia (...)" (RE 470.407, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.05.2006, 1.ª Turma). No mesmo sentido: AI 732.358-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30.06.2009, 1.ª Turma, *DJE* de 21.08.2009.

Exceção à regra geral da expedição de precatórios constante do art. 100, *caput* e § 1.º, foi prevista, inicialmente, pela EC n. 20/98 e, depois, pela EC n. 30/2000, tendo sido mantida na EC n. 62/2009.

Assim, nos termos do art. 100, § 3.º, da CF/88, a obrigatoriedade da expedição de precatório para o pagamento das dívidas públicas não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em **leis** como de **pequeno valor** que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado, sendo, contudo, **vedada** a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total a montante que seria considerado como de "pequeno valor".[105]

Entendeu, também, o STF que "... é possível o fracionamento de execução de sentença para expedição de requisição de pequeno valor, apenas

quando tratar-se de **litisconsórcio facultativo ativo** e não de ação coletiva intentada por legitimado extraordinário ou substituto processual. Precedentes" (RE 459.506-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 12.06.2007, 2.ª Turma, *DJ* de 17.08.2007. No mesmo sentido: RE 501.840-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 15.09.2009, 2.ª Turma, *DJE* de 09.10.2009).

Para os fins do disposto no § 3.º do art. 100 e, assim, a conceituação de "pequeno valor", por leis próprias poderão ser fixados **valores distintos** às entidades de direito público, segundo as diferentes **capacidades econômicas**, sendo o **mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social** (art. 100, § 4.º).[106]

Seguindo os parâmetros estabelecidos pelo art. 87 do ADCT **(EC n. 37/2002)**, o art. 97, § 12, do ADCT, acrescentado pela **EC n. 62/2009**, estabeleceu que, se a lei a que se refere o § 4.º do art. 100 não estiver publicada em até 180 dias, contados da data de publicação desta Emenda Constitucional, será considerado, para os fins referidos, em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, omissos na regulamentação, o valor de:

- **40 salários mínimos** para Estados e para o Distrito Federal;
- **30 salários mínimos** para Municípios.

Nesse sentido, o STF entendeu que essa definição de "pequeno valor" "... tem caráter **transitório** e abre margem para que as entidades de direito público (...) disponham livremente sobre a matéria, de acordo com sua capacidade orçamentária" (*Inf. 350/STF*, ADI 2.868/PI).

Conforme já apontamos, o art. 100, § 4.º, estabelece que as entidades de direito público definirão, por leis próprias, o conceito de "pequeno valor" segundo as suas **capacidades econômicas**. Contudo, deverão, nos termos da EC n. 62/2009, obedecer a um **valor mínimo**, qual seja, o **valor do maior benefício do regime geral da previdência social**.

A título de curiosidade, a partir de **1.º.01.2012**, o salário de benefício foi fixado no valor máximo de **R$ 3.916,20** (cf. *Portaria Interministerial MPS/MF n. 02/2012*).

Agora, retomemos a questão dos precatórios de **natureza alimentícia**.

Referidos valores terão **preferência** sobre todos os demais débitos, **exceto**, conforme visto anteriormente, sobre aqueles referidos no art. 100, § 2.º.

Por sua vez, estabelece referido parágrafo, *novidade introduzida pela EC n. 62/2009*, que os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham **60**

anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam **portadores de doença grave**, definidos na forma da lei, serão pagos com **preferência** sobre **todos** os demais débitos, até o valor equivalente ao **triplo** do fixado em lei para os fins do disposto no § 3.º (débitos de pequeno valor) do art. 100, admitido o **fracionamento** para essa finalidade, sendo que **o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório**.

Dessa forma, parece ter sido estabelecida uma preferência sobre aquela que já existia, ou seja, dentre os créditos de natureza alimentícia, aqueles que foram expedidos nas duas situações indicadas terão preferência sobre os demais, também de natureza alimentícia.

A novidade mostra-se interessante e até louvável, mas não razoável se imaginarmos pessoas que estão na fila do pagamento e completam 60 anos ou passem a portar doença grave. Será que não haveria violação à isonomia?

Outro ponto é a limitação da preferência em relação a somente o triplo do valor considerado pela lei como de "pequeno valor". Se o *discrimen* era a idade, porque limitar o valor ao triplo? Referido fracionamento não se mostra razoável.

■ 11.12.3. Compensação de precatório com débitos tributários

Nos termos do art. 100, § 9.º, *introduzido pela EC n. 62/2009*, no momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles **deverá** ser abatido, a título de **compensação**, valor correspondente aos **débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos**, *ressalvados* aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 dias, informação sobre os débitos passíveis de compensação, sob pena de perda do direito de abatimento.

Estamos diante do instituto da **compensação forçada**, o que desnatura a sua essência, além da problemática de haver contestação do valor supostamente a ser compensado, como, por exemplo, em razão de eventual prescrição. Essa é mais uma problemática introduzida pela *EC n. 62/2009*.

■ 11.12.4. Utilização de precatórios para compra de imóveis públicos

De acordo com o art. 100, § 11, é facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

■ 11.12.5. Atualização de valores de requisitórios de acordo com os índices da caderneta de poupança

A *EC n. 62/2009* introduziu regra bastante complicada em relação à atualização de valores de requisitórios.

Nos termos do art. 100, § 12, a partir da promulgação da referida EC, a **atualização** de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, **independentemente de sua natureza**, será feita pelo **índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança**, e, para fins de **compensação da mora**, incidirão **juros simples** no mesmo percentual de juros incidentes sobre a **caderneta de poupança**, ficando **excluída a incidência de juros compensatórios**.

Essa nova regra **retira** do Poder Judiciário a possibilidade de estabelecer a efetiva recomposição do valor da moeda com o escopo de preservar o seu efetivo poder aquisitivo original. Isso porque atrela, independentemente do valor da inflação, o pagamento à correção da caderneta de poupança.

Ainda, parece violar o **princípio da isonomia**, pois, se por um lado os **débitos** do poder público são corrigidos pela **poupança**, os seus **créditos**, pela regra atual, são atualizados pela taxa **SELIC**, com correções muito superiores aos índices da poupança.

Poderíamos pensar, também, em violação ao **princípio da segurança jurídica** decorrente da **proibição de ofensa à coisa julgada**, pois a nova emenda, delimitando a forma de correção, certamente violará outros critérios de atualização porventura já fixados em sentenças transitadas em julgado.

■ 11.12.6. Cessão dos créditos em precatórios a terceiros e a possibilidade de assunção de débitos diretamente pela União

O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, **independentemente da concordância do devedor**, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2.º e 3.º, do art. 100, qual seja, a sistemática do privilégio dos créditos de natureza alimentícia para maiores de 60 anos de idade ou nas hipóteses de doença grave, nos termos da lei, ou a desnecessidade do precatório para as obrigações definidas em lei como de pequeno valor.

A cessão de precatórios somente produzirá **efeitos** após **comunicação**, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

Apesar da nova regra, nos termos do art. 5.º, da *EC n. 62/2009*, ficam **convalidadas** todas as **cessões** de precatórios **efetuadas antes de sua promulgação**, independentemente da concordância da entidade devedora.

De acordo com o art. 100, § 16, a seu critério exclusivo e na forma de lei,

a **União** poderá **assumir débitos**, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.

■ 11.12.7. Regime especial para pagamento de crédito de precatórios — art. 100, § 15, CF/88 e art. 97 do ADCT

Outra novidade (extremamente criticada) introduzida pela *EC n. 62/2009* foi a possibilidade de **Lei Complementar** estabelecer **regime especial** para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre **vinculações** à **receita corrente líquida** e **forma** e **prazo** de **liquidação**.

Estabelece o art. 97, *caput*, do ADCT que até que seja editada a Lei Complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação da EC n. 62/2009, estejam em **mora** na quitação de **precatórios vencidos**, relativos às suas **administrações direta** e **indireta**, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 da Constituição Federal, exceto em seus §§ 2.º, 3.º, 9.º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação da referida Emenda Constitucional.

Por sua vez, o art. 97, § 1.º, I e II, do ADCT, estabelece a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo da entidade federativa devedora optar por duas **formas de pagamento**:

- depósito em **conta especial** do valor referido pelo § 2.º deste artigo; ou
- adoção do **regime especial** pelo prazo de **até 15 anos**, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2.º do referido artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da **caderneta de poupança** e de **juros simples** no mesmo percentual de juros incidentes sobre a **caderneta de poupança** para fins de compensação da mora, **excluída a incidência de juros compensatórios**, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

Como se vê, além do parcelamento em até 8 anos que já havia sido instituído pelo art. 33 do ADCT e da moratória fixada pela EC n. 20/2000 em até 10 anos (art. 78 do ADCT), a *EC n. 62/2009* estabelece **novo** e **desarrazoado parcelamento** de até 15 anos, o que já vem sendo caracterizado como o maior e mais desastroso **"calote oficial"** e, ainda,

atrelado a percentuais sobre as receitas correntes líquidas das entidades federativas, fixados em valores nada razoáveis.

O conceito de **receita corrente líquida** está no art. 97, § 3.º,[107] do ADCT, e, assim, observa-se que quanto mais incompetente for o governante, menor será o volume financeiro para o pagamento dos precatórios.

Para piorar, a esperada observância de pagamento segundo a **ordem cronológica de apresentação dos precatórios** ficou garantida pela *EC n. 62/2009* em apenas **50%** dos valores destinados para o já combatido método de pagamento dos precatórios, o que viola, sem dúvida, o princípio da isonomia.

Segundo o Min. Celso de Mello, "a norma consubstanciada no art. 100 da Carta Política (qual seja, acrescente-se, pagamento segundo a *ordem cronológica de apresentação dos precatórios*) traduz um dos mais expressivos postulados realizadores do **princípio da igualdade**, pois busca conferir, na concreção do seu alcance, efetividade à exigência constitucional de tratamento **isonômico** dos credores do Estado..." (ADI 584-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 22.05.92).

Os **outros 50%** do dinheiro destinado para o pagamento das dívidas das Fazendas Públicas serão utilizados, nos termos do art. 97, § 8.º, ADCT, segundo **opção** a ser exercida pelos Estados, DF ou Municípios devedores, por ato de seu Chefe do Executivo, já que poderão, isolada ou simultaneamente, utilizar os recursos para:

- pagamento dos precatórios por meio do **leilão**;
- pagamento **à vista** de precatórios não quitados na forma do § 6.° e do inciso I, do art. 97, do ADCT, em ordem única e crescente de valor por precatório;
- pagamento por **acordo direto com os credores**, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação.

A garantia para o Poder Público está no art. 97, § 13, do ADCT, já que, enquanto Estados, Distrito Federal e Municípios devedores estiverem realizando pagamentos de precatórios pelo regime especial, **não poderão sofrer sequestro de valores**, exceto no caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1.º e o § 2.º do referido artigo.

O **regime especial de pagamento de precatório** previsto no inciso I do § 1.º, do art. 97, vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for **superior** ao valor dos recursos vinculados, nos termos do § 2.º, ou pelo prazo fixo de até 15 anos, no caso da opção prevista no inciso II do § 1.º.

■ 11.12.8. Regime especial para pagamento de crédito de precatórios e os parcelamentos anteriores introduzidos pelos arts. 33 e 78 do ADCT

O constituinte originário de 1988, no art. 33 do ADCT, estabeleceu que, ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de **8 anos**, a partir de 1.º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até 180 dias da promulgação da Constituição.

Por sua vez, a EC n. 30/2000, ao acrescentar o art. 78 ao ADCT, estabeleceu mais uma criticada moratória que, inclusive, está sendo discutida no STF (ADIs ns. 2.356 e 2.362), tendo havido deferimento dos pedidos das medidas cautelares, em **25.11.2010**, suspendendo referido dispositivo até o julgamento final das ADIs (cf. *Inf. 610/STF* — **matéria pendente de julgamento pelo STF**).

De acordo com a regra, ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 do ADCT e suas complementações, e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação da EC n. 30/2000 e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de **10 anos**, permitida a cessão dos créditos, bem como a decomposição das parcelas, a critério do credor.

Conforme sustentado pela maioria dos Ministros no julgamento das medidas cautelares, nas ADIs 2.356 e 2.362: "... o Congresso Nacional, ao impor o parcelamento impugnado aos precatórios pendentes de liquidação na data de publicação da referida emenda, incidira em múltiplas transgressões à Constituição, porquanto teria **desrespeitado** a **integridade de situações jurídicas definitivamente consolidadas**, prejudicando, assim, o **ato jurídico perfeito**, a **coisa julgada** e o **direito adquirido**, além de haver violado **o princípio da separação de poderes** e o **postulado da segurança jurídica**" (*Inf. 610/STF*).

Há que se diferenciar, ainda, a moratória introduzida pelo *constituinte originário* (art. 33 do ADCT) daquela instituída pelo *constituinte reformador*, no caso, pela EC n. 30/2000, sendo, assim, mais um argumento para sustentar a liminar deferida, já que, enquanto o primeiro é incondicionado, o segundo deve observar as cláusulas pétreas.

De qualquer forma, enquanto se aguarda o julgamento do mérito **(matéria pendente)**, cabe observar que o prazo máximo de 10 anos citado

não se aplica aos precatórios judiciais originários de **desapropriação de imóvel residencial do credor**, desde que comprovadamente **único** à época da imissão na posse, ficando reduzido para **2 anos**, conforme prescreve o § 3.º do art. 78 do ADCT.

Essa regra de **parcelamento** pelo prazo de **10 anos** também **não** se aplica, de acordo com o art. 86 do ADCT, acrescentado pela **EC n. 37/2002**, aos débitos da Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal oriundos de sentenças transitadas em julgado, que preencham, **cumulativamente**, as seguintes condições:

- terem sido objeto de emissão de precatórios judiciários;
- terem sido definidos como de **pequeno valor** pela lei de que trata o § 3.º do art. 100 da Constituição Federal ou pelo art. 87 do ADCT;
- estarem, total ou parcialmente, pendentes de pagamento na data da publicação da **EC n. 37/2002**.

Isso significa que referidos débitos deverão ser pagos de acordo com a regra geral prevista no art. 100 da CF/88, na ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios, com precedência sobre os de maior valor. Excepcionalmente, de acordo com o art. 86, § 2.º, do ADCT, se os débitos ainda não tiverem sido objeto de pagamento **parcial**, nos termos do art. 78 do ADCT, poderão ser pagos em **duas parcelas anuais**, se assim dispuser a lei.

O art. 86, § 3.º, do ADCT, acrescentado pela **EC n. 37/2002**, por seu turno, disciplinando os débitos oriundos das hipóteses definidas no art. 78 do ADCT, determina, de maneira correta, que, observada a ordem cronológica de sua apresentação, **os débitos de natureza alimentícia terão precedência para pagamento sobre todos os demais**.

Inovando, a *EC n. 62/2009*, no art. 97, § 15, do ADCT, estabeleceu, além da desastrosa moratória de até 15 anos já apontada e criticada, que os precatórios **parcelados** na forma do art. 33 ou do art. 78 do ADCT e ainda **pendentes** de pagamento **ingressarão no regime especial** com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório, bem como o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais.

Essa nova regra, em nosso entender, viola o **princípio do direito adquirido e do ato jurídico perfeito**, causando **surpresa**, abalando a **segurança jurídica** e **prolongando**, ainda mais, a já tormentosa **espera** para o recebimento de precatórios que já estavam parcelados em regra de duvidosa constitucionalidade.

11.12.9. Débitos das entidades da Administração Indireta: precatórios?

A aplicação da regra do precatório para o pagamento de débitos das **entidades da administração indireta** vem gerando muita discussão.

Conforme anotou José dos Santos Carvalho Filho, "o sistema do precatório é aplicável apenas à Fazenda Pública (art. 100, CF), e no sentido desta evidentemente não se incluem pessoas administrativas de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista...".[108]

Dentro da ideia de "Fazenda Pública", o autor insere, naturalmente, "as demais entidades administrativas com tal qualificação, como é o caso das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica".[109]

Porém, como o próprio autor alerta, esse não era o entendimento do STF, apesar da regra contida no art. 173, § 1.º, II, em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, que, nesse primeiro momento, não se fazia qualquer distinção entre aquelas que exercem atividades sujeitas a monopólio e aqueloutras que executam atividades em regime de concorrência.

O STF vinha entendendo, como anota Di Pietro, de modo genérico que "... os bens das empresas estatais de direito privado **prestadoras de serviço público** são impenhoráveis, aplicando-se à entidade o regime dos precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal" (...). Portanto, são bens públicos de uso especial não só os bens das autarquias e das fundações públicas, como também os das entidades de direito privado prestadores de serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade...".[110]

Nesse sentido, o art. 97, *caput*, do ADCT, introduzido pela *EC n. 62/2009*, fala em débitos de precatórios vencidos relativos às administrações direta e **indireta** dos Estados, DF e Municípios.

Pedimos vênia, dada a complexidade e importância, para destacar alguns julgados delimitando essa orientação inicial do STF:

> "EMENTA: Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...). As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1.º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...). O § 1.º do artigo 173 da Constituição do Brasil **não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público**" (ADI 1.642, Rel. Min. Eros Grau, j. 03.04.2008, *DJE* de 19.09.2008).

> "EMENTA: À Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da

> impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei n. 509/69 e não incidência da restrição contida no artigo 173, § 1.º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. **Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido**. Execução. **Observância ao regime de precatório**, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal" (RE 220.906, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16.11.2000, *DJ* de 14.11.2002. No mesmo sentido: RE 407.099, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 22.06.2004, *DJ* de 06.08.2004; RE 230.161-AgR, j. 17.04.2001, *DJ* de 10.08.2001).

CUIDADO: essa questão voltou a ser discutida pelo **STF** no julgamento do **RE 599.628**, no qual, por 7 X 3, definiu-se que a **Eletronorte** (*Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A*), **empresa de economia mista**, por atuar em um **regime de concorrência** e tendo por **objetivo distribuir lucros aos seus acionistas**, não se enquadra no precedente anterior do RE 220.906 (ECT) e, assim, **não se sujeita ao regime de precatórios**.

Referido caso citado, o da *ECT*, caracterizava-se como hipótese de **monopólio estatual** e de **atuação exclusiva** por parte da *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*.

Por sua vez, no novo precedente, qual seja, no da *Eletronorte*, o modelo de geração e fornecimento de energia admitem a livre-iniciativa e a concorrência e, nesse sentido, deve ser tratado de maneira diversa.

Isso porque, quando o Estado busca o lucro como objetivo principal, no modelo concorrencial, e não se tratando de atividade sujeita a monopólio, dentro da ideia de isonomia com a iniciativa privada (modelo concorrencial), deve despir-se das garantias do pagamento por meio de precatório, que, nos termos do art. 100, *caput*, CF/88, restringe-se, nesse sentido, aos pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas.

Diante do exposto, pedimos vênia para transcrever a ementa do julgamento, alertando os leitores para essa importante distinção feita pelo STF entre modelo concorrencial e atividade sujeita a monopólio (com o destaque para o voto do Min. Marco Aurélio que declarou não aceitar o pagamento por precatório em nenhuma hipótese):

> "EMENTA: Os **privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus**

acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE) não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição)" (**RE 599.628**, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, j. 25.05.2011, Plenário, *DJE* de 17.10.2011, com repercussão geral).

■ 11.12.10. Intervenção federal ou estadual e não pagamento de precatórios

O desatendimento de um precatório (ordem judicial) por parte do Poder Público devedor poderá ensejar a intervenção **federal** nos Estados e DF, ou Municípios localizados em TF, ou **estadual** em seus Municípios, por preencher os requisitos dos arts. 34, VI, e 35, IV, respectivamente, da Constituição Federal. Mas, observe-se, a nosso ver essa situação só se configurará quando não houver inclusão no orçamento da verba específica, já que, sendo inclusa esta última, caberá o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito e não, desde logo, a intervenção executiva.

No entanto, malgrado nosso entendimento, o STF, indeferindo pedido de intervenção, decidiu "... não configurado o descumprimento voluntário ou injustificado da decisão judicial por parte do Estado de São Paulo, haja vista a inexistência de recursos financeiros para tanto" (cf. *Inf. 296/STF*, fev./2003). Nesse sentido, caminha a jurisprudência (não tão atual) do STF que deverá, agora, com o mínimo exigido pela *EC n. 62/2009*, ser modificada:

> "EMENTA: O descumprimento **voluntário** e **intencional** de decisão transitada em julgado configura **pressuposto indispensável** ao acolhimento do pedido de intervenção federal. A ausência de voluntariedade em não pagar precatórios, consubstanciada na insuficiência de recursos para satisfazer os créditos contra a Fazenda Estadual no prazo previsto no § 1.º (atual § 5.º, acrescente-se) do artigo 100 da Constituição da República, não legitima a subtração temporária da autonomia estatal, mormente quando o ente público, apesar da exaustão do erário, vem sendo zeloso, na medida do possível, com suas obrigações derivadas de provimentos judiciais. Precedentes" (IF 1.917-AgR, Rel. Min. Presidente Maurício Corrêa, j. 17.03.2004, *DJ* de 03.08.2007).

> "EMENTA: Precatórios judiciais. Não configuração de atuação **dolosa** e **deliberada** do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. **Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos**. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes" (IF 298, Rel. p/

o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 03.02.2003, *DJ* de 27.02.2004).

■ 11.12.11. EC n. 62/2009: imoralidade e inconstitucionalidade?

A **EC n. 62/2009** modificou de maneira tão ampla a sistemática dos precatórios que está sendo questionada no STF na **ADI 4.357**, ajuizada, em 15.12.2009, por seis entidades: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil — **CFOAB**; Associação dos Magistrados Brasileiros — **AMB**; Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — **CONAMP**; Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário — **ANSJ**; Confederação Nacional dos Servidores Públicos — **CNSP** e Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho — **ANPT (matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

A matéria também está sendo questionada na **ADI 4.372**, ajuizada em 22.01.2010 pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais — **Anamages**, sustentando, sob o aspecto formal, violação ao devido processo legislativo e, sob o aspecto material, a transgressão dos limites inscritos nas cláusulas pétreas.

Destacamos, ainda, a **ADI 4.400**, ajuizada em 25.03.2010 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho **(Anamatra)** e a **ADI 4.425**, proposta pela Confederação Nacional da Indústria **(CNI)**, em 08.06.2010.

Nas ações houve pedido de liminar, convertida a tramitação para a forma do art. 12 da Lei n. 9.868/99, qual seja, julgamento definitivo do mérito.

Realmente, apesar de, em certa medida, a nova emenda ter avançado no sentido de fazer com que muitos governantes comecem a pagar precatórios, saindo de criticada inércia, a reforma, contudo, parece ter violado diversos preceitos constitucionais, como a **separação de poderes**, cláusula pétrea, pois, pela nova regra, haverá total desprestígio a decisões judiciais já implementadas, criando **insegurança jurídica** e afronta à **coisa julgada** e ao **direito de propriedade**.

Ainda, a *EC n. 62/2009* viola o princípio da **razoável duração do processo** (art. 5.º, LXXVIII), pois estabelece uma nova e imoral moratória de famigerados 15 anos.

Por sua vez, a flexibilidade da garantia do pagamento segundo a **ordem cronológica dos precatórios** mostra-se inadequada e temerária, violando direitos e garantias individuais, também cláusulas pétreas.

De modo imoral e irresponsável, a nova emenda **flexibiliza a responsabilidade dos governantes** (e, assim, afronta um dos princípios

sensíveis da Constituição, previsto no art. 34, VII, “a”, qual seja, a **República**), desestimulando o pagamento das dívidas das administrações diretas e indiretas e, em afronta à isonomia, criando um mecanismo de tratamento totalmente distinto em relação aos créditos fazendários.

Resta aguardar qual será a solução a ser dada pelo STF para esse tormentoso problema dos precatórios **(matéria pendente de julgamento)**.

■ 11.13. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

■ 11.13.1. Aspectos gerais e composição do CNJ

Conforme noticia Ricardo Chimenti, “a Constituição Federal de 1967, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 07, de 13.04.1977, trazia o **Conselho Nacional da Magistratura** como órgão do Poder Judiciário. O órgão era composto por **sete ministros do C. Supremo Tribunal Federal**, escolhidos pelos próprios ministros, e sua atribuição era nitidamente **correcional** dos atos praticados pelos Magistrados em geral (arts. 112 e 120 da CF/1967, na redação da EC 07/1977). A Constituição Federal de 1988 **aboliu** o Conselho Nacional da Magistratura e garantiu o autogoverno dos tribunais, os quais passaram a ter competência exclusiva para processar e julgar seus Magistrados em casos de infrações disciplinares (ressalvada a possibilidade de o sancionado buscar respaldo nas vias judiciais)”.[111]

A **Reforma do Judiciário** (EC n. 45/2004), por sua vez, institui o **Conselho Nacional de Justiça**, composto de **15 membros**, com mandato de 2 anos, admitida uma recondução, tendo sido instalado em **14.06.2005**.

Desses 15 membros, 9 pertencem à Magistratura, sendo, dentre os 6 externos, 2 do MP, 2 advogados e 2 cidadãos. Ou, ainda, 9 pertencem ao Judiciário, 4 às funções essenciais (2 membros do MP e 2 da Advocacia) e 2 à sociedade (cidadãos).

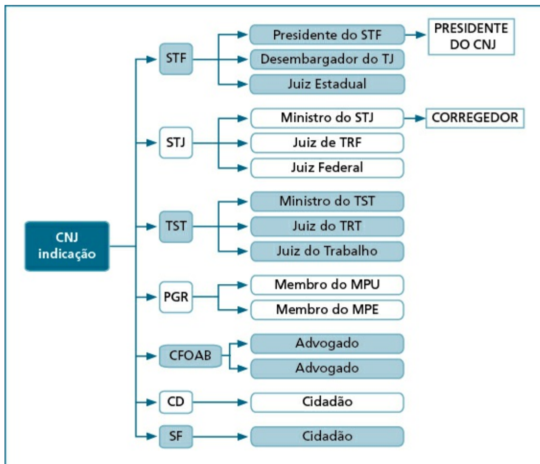
Assim, nos termos do art. 103-B, compõem o CNJ:

- o Presidente do Supremo Tribunal Federal **(EC n. 61/2009)**;
- um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
- um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
- um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

- um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
- um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
- dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Abaixo, para facilitar a visualização e memorização, apresentamos quadro a demonstrar que dos 15 integrantes:

- **STF** — indica 2, além do Ministro Presidente, membro **nato**, totalizando 3 Conselheiros;
- **STJ** — indica 3;
- **TST** — indica 3;
- **PGR** — indica 2 (sendo que o membro do MPE deverá ser escolhido dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual);
- **CFOAB** — indica 2;
- **CD** — indica 1;
- **SF** — indica 1.



■ 11.13.2. Aperfeiçoamento do CNJ: EC n. 61/2009

A **EC n. 61, de 11.11.2009**, buscou aperfeiçoar o CNJ.

Ao modificar o art. 103-B, I, deixou claro que o CNJ é composto, dentre os seus 15 membros, não por um Ministro do STF (como dizia a redação original da EC n. 45/2004), mas pelo Ministro **Presidente** do STF.

Essa correção, qual seja, o Membro do CNJ não ser qualquer um dos 11 Ministros do STF, mas o seu Presidente, prestigia a agilidade na prestação jurisdicional, pois evita que, supostamente, se o indicado para o CNJ não for o Presidente do STF, fiquem 2 Ministros excluídos da distribuição dos processos (na hipótese, o Presidente do STF pela Suprema Corte e o indicado para o CNJ em relação ao Conselho — art. 103-B, § 1.º — em sua **redação original**), o que estabeleceria a complicada situação de apenas 9 efetivos julgadores no STF.

Transforma-se o Presidente do STF em um **membro nato** do CNJ, não tendo que ser sabatinado pelo Senado Federal, como se estabelecia anteriormente.

O art. 103-B, § 2.º, disciplina que apenas os **demais** membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela **maioria absoluta** do **Senado Federal** (sabatina). Assim, os Ministros do STJ, TST, enfim, todos os **demais** membros, exceto o Ministro Presidente do STF, enfatize-se, continuam sendo sabatinados pelo SF e nomeados pelo Presidente da República.

Ainda, a EC n. 61/2009 estabeleceu, nos termos do art. 103-B, § 1.º, que o **Conselho** será **presidido** pelo **Presidente do STF** e, nas suas ausências e impedimentos, pelo **Vice-Presidente do STF**, e não mais por um Conselheiro por ele indicado, conforme estabelecia a redação original do art. 23, I, do *RI/CNJ*.[112]

Dessa forma, sendo ocupada a presidência do CNJ por um Ministro do STF, na nova redação, pelo Ministro Presidente do STF, membro natural, a lógica é que a sua substituição (em caso de ausência, impedimento, afastamento, licença etc.) seja pelo Vice-Presidente do STF e não por outro membro do CNJ, deixando a Presidência sempre atrelada ao órgão de cúpula do Judiciário, qual seja, o STF e, assim, mantendo o caráter institucional da direção do CNJ.

Outro ponto coerente da **EC n. 61/2009** foi a retirada do texto da restrição de idade para a composição do CNJ que, na redação original, trazida pela EC n. 45/2004, estabelecia a idade mínima de 35 anos e máxima de 66 anos.

Agora, **não há mais qualquer restrição**, exceto, é claro, aquela estabelecida para a ocupação originária de cada cargo. O objetivo é adequar-se à fixação de ser o Presidente do Conselho o Ministro Presidente do STF, pois é possível que este ocupe a presidência com mais de 66 anos, o que, pela redação original, o impediria de ocupar o CNJ. Ademais, conforme visto, os membros do CNJ exercem funções temporárias (mandato de 2 anos, admitida uma recondução). Nesse sentido, a **Reforma do Judiciário** não fixou qualquer limite mínimo ou máximo de idade para os membros do CNMP (art. 130-A).

Por fim, a **EC n. 61/2009** retira a previsão de que o Ministro do STF, que presidiria o Conselho, votaria apenas em caso de empate (*voto de minerva*) — antiga redação do art. 103-B, § 1.º, deixando esta matéria mais bem acomodada no **Regimento Interno do CNJ**, conforme consta em seu art. 5.º (*Res. n. 67, de 03.03.2009*, que aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências).

■ 11.13.3. O CNJ é constitucional?

O STF, em diversos momentos, pronunciou-se pela impossibilidade da instituição do **controle externo da Magistratura** em âmbito estadual, sob

pena de se configurar afronta à cláusula pétrea da **separação de Poderes**, de que são corolários o **autogoverno** dos Tribunais e a sua **autonomia administrativa, financeira e orçamentária** (arts. 96, 99 e §§, e 168 da Carta Magna), conforme se depreende pelo julgamento do Pleno na **ADI 135/PB**, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgada em 21.11.1996, que considerou inconstitucional o artigo da Constituição do Estado da Paraíba que estabelecia a criação do **Conselho Estadual de Justiça** como órgão de controle da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário.

Esse *leading case* serviu de paradigma para outros julgamentos no mesmo sentido, todos declarando a inconstitucionalidade das Constituições Estaduais do Pará e do Mato Grosso, as quais instituíam, em âmbito estadual, o **controle externo do Judiciário**, por órgão de composição mista, respectivamente, nas **ADIs 137-0/PA e 98-5/MT**.

Em 24.09.2003, o STF consagrou referido entendimento na **S. 649**, que tem o seguinte teor: "é inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades".

Observa-se, então, que o STF repudia não só a interferência de outros Poderes ou entidades no controle do Judiciário como, também, qualquer atividade externa que atente contra a garantia de **autogoverno** dos Tribunais e a **autonomia administrativa, financeira e orçamentária**, prescritas nos arts. 96, 99 e §§, e 168 da CF, que, segundo fixou a Suprema Corte, **são corolários do princípio da separação de Poderes, erigido, conforme já exposto, à categoria de cláusula pétrea pelo poder constituinte originário no art. 60, § 4.º, III, que nem sequer admite qualquer proposta tendente a aboli-lo**.

Assim, malgrado os referidos pronunciamentos terem sido fixados em apreciação do trabalho do **poder constituinte derivado decorrente** (o poder que os Estados-membros têm de elaborar as suas próprias Constituições — art. 25 da CF c/c o art. 11 do ADCT), pela análise dos referidos votos, parecia que o mesmo entendimento poderia ser proferido em sede da efetiva manifestação do **poder constituinte derivado reformador**.

Embora muitas possam ser as propostas para o necessário **Conselho Nacional da Magistratura** (no caso, a *Reforma do Judiciário* vai preferir a nomenclatura **Conselho Nacional de Justiça — CNJ**), o que deve ser observado e mantido é a preservação das garantias de **autogoverno** e **autonomia financeira, administrativa e orçamentária** do Poder Judiciário, sob pena de se configurar emenda **tendente a abolir a separação de Poderes**, vedando-se, desta feita, a participação dos membros dos outros

Poderes no controle da Magistratura.[113]

Ives Gandra da Silva Martins observou que, "... mais do que uma questão de inconstitucionalidade — a meu ver, fere o § 4.º, inciso III, do artigo 60, todo o artigo 103-B da EC n. 45 no que concerne à participação de outros polos — trata-se de questão de incompatibilidade, esta transposição de um modelo de controle parlamentar para um país de perfil presidencial. É tornar um Poder Técnico, como é o Judiciário, em poder controlado politicamente, ou seja, sujeito a interpretações próprias de opções e oportunidades políticas, mais do que de soluções exclusivamente técnicas".[114]

Em **09.12.2004** foi ajuizada a **ADI 3.367** pela AMB — Associação dos Magistrados Brasileiros, questionando a constitucionalidade do CNJ por afronta aos arts. 2.º e 18 da CF/88, além de vício formal. Em **13.04.2005**, o STF, por unanimidade, afastou o vício formal de inconstitucionalidade, como também não conheceu da ação quanto ao § 8.º do art. 125. No mérito, o Tribunal, por maioria (7 X 4), julgou totalmente improcedente a ação, **considerando constitucional o Conselho Nacional de Justiça** (*vide Inf. 383/STF*). O Conselho foi instalado no dia **14.06.2005**, com a solenidade de posse de seus 15 integrantes.

A presença de não magistrados, segundo o STF, não viola a cláusula pétrea inserta no art. 60, § 4.º, III, e art. 2.º da CF/88 (separação de Poderes): "(...) Subsistência do núcleo político do princípio, mediante **preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente** (...)".[115] Nesse particular, asseverou o Min. Relator: "pode ser que tal presença seja capaz de erradicar um dos mais evidentes males dos velhos organismos de controle, em qualquer país do mundo: o **corporativismo**, essa moléstia institucional que obscurece os procedimentos investigativos, debilita as medidas sancionatórias e desprestigia o Poder" (grifamos — *Notícias STF, 13.04.2005 — 21h08*).

Ainda, na linha da constitucionalidade do CNJ, podemos lembrar: **a)** o CNJ integra o Judiciário (art. 92, I-A) e, com isso, afasta-se a combatida ideia de controle externo; **b)** em sua composição, os integrantes da Magistratura superam a maioria absoluta (em um total de 9, dentre 15 — art. 103-B, I-XIII); **c)** possibilidade de revisão das decisões do CNJ pelo STF (art. 102, I, "r").

■ 11.13.4. Atribuições do CNJ e o controle de suas decisões pelo STF (limites?)

■ 11.13.4.1. Regras gerais

Nos termos do art. 103-B, § 4.º, compete ao Conselho o controle da **atuação administrativa** e **financeira** do Poder Judiciário e do **cumprimento dos deveres funcionais dos juízes**, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

- zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;
- receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e *determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa*;
- representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a Administração Pública ou de abuso de autoridade;
- rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
- elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Os **diversos tipos de processos** poderão ser **registrados** observando-se, nos termos do art. 43, do *RICNJ*, as seguintes **classes processuais**: Inspeção; Correição; Sindicância; Reclamação Disciplinar; Processo Administrativo Disciplinar; Representação por Excesso de Prazo; Avocação; Revisão Disciplinar; Consulta; Procedimento de Controle Administrativo; Pedido de Providências; Arguição de Suspeição e Impedimento; Acompanhamento de Cumprimento de Decisão; Comissão; Restauração de Autos; Reclamação para Garantia das Decisões; Ato Normativo; Nota Técnica; Termo de

Compromisso; Convênios e Contratos; Parecer de Mérito sobre Anteprojeto de Lei.

Assim, pode-se afirmar que o CNJ busca contribuir para que a **prestação jurisdicional seja efetiva**, zelando, nos termos do art. 37, pela observância dos princípios da **legalidade**, **impessoalidade**, **moralidade**, **publicidade** e **eficiência**.

Conforme estabelecido no site do CNJ, o trabalho compreende:

- "planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias;
- modernização tecnológica do Judiciário;
- ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social;
- garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais".

As atribuições acima expostas e contidas no art. 103-B, § 4.º, foram bem esquematizadas no site do CNJ em relação aos seguintes âmbitos, o que pedimos vênia para transcrevê-las:

- "**política judiciária:** zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações;
- **gestão**: definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário;
- **prestação de serviços ao cidadão:** receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado;
- **moralidade:** julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, e aplicar outras sanções administrativas;
- **eficiência dos serviços judiciais:** melhores práticas e celeridade: elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País".

11.13.4.2. O CNJ não exerce função jurisdicional

Observa-se, portanto, que o CNJ **não exerce função jurisdicional** e os seus atos poderão ser revistos pelo STF, orientação essa firmada no julgamento da **ADI 3.367**:

> "Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Órgão de natureza exclusivamente administrativa**. Atribuições de controle da **atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura**. Competência

> relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF. **Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional**. Inteligência dos arts. 102, *caput*, inc. I, letra r, e 103-B, § 4.º, da CF. **O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito**" (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13.04.2005, *DJ* de 22.09.2006 — grifamos).

Dessa forma, por estarem as atribuições do CNJ restritas ao controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar dos órgãos do Poder Judiciário a ele sujeitos, pode-se afirmar ser o CNJ um **órgão meramente administrativo (do Judiciário)**.

■ 11.13.4.3. STF: órgão de cúpula jurisdicional e órgão de cúpula administrativa, financeira e disciplinar (amplitude)

O **STF**, por sua vez, além de ser **órgão de cúpula jurisdicional e nacional do Judiciário brasileiro**, apresenta-se, a partir da EC n. 45/2004, também, como **órgão de cúpula administrativa, financeira e de controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (disciplinar)**, já que, nos termos do art. 102, I, "r", todas as decisões do CNJ serão passíveis de revisão pelo STF.

Resta saber qual a amplitude de análise pelo STF. Poderá haver revisão do mérito administrativo?

O tema precisa ser mais bem definido. Uma constatação, contudo, já é certa, qual seja, não poder funcionar o STF como mera sede recursal dos atos do CNJ. Nesse sentido, segundo o Min. Sepúlveda Pertence, busca-se "**não converter a Corte, por meio do mandado de segurança, em verdadeira instância ordinária de revisão de toda e qualquer decisão do Conselho**" (MS 26.710-QO/DF e MS 26.749-QO/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 02.08.2007, *Inf. 474/STF*) (**matéria pendente de julgamento pelo STF**, apesar de ambos com pedido de desistência homologado).

Aliás, segundo o art. 115, § 6.º, do *RICNJ*, dos atos e decisões do Plenário do Conselho não cabe recurso **(na sede administrativa)**, e sim **revisão** pelo STF (art. 102, I, "r", CF/88), conforme visto. Nesse sentido, o art. 106 do *RICNJ*, na redação dada pela *Emenda Regimental n. 1/2010*, estabelece: "o CNJ determinará à autoridade recalcitrante, sob as cominações do disposto no artigo anterior, o imediato cumprimento de decisão ou ato seu, quando impugnado perante outro juízo **que não o STF**"; mas, retome-se, qual a amplitude dessas revisões?

Parece ter razão o Min. Gilmar Mendes, em voto monocrático, quando

afirma que “a ordem constitucional assegura ao Conselho Nacional de Justiça espectro de poder suficiente para o exercício de suas competências (art. 103-B, CF/88), não podendo esta Corte substituí-lo no exame discricionário dos motivos determinantes de suas decisões, quando estas não ultrapassem os limites da **legalidade** e da **razoabilidade**”. Assim, referidos limites podem, nessa primeira análise, orientar a atuação do STF no cumprimento da competência fixada no art. 102, I, “r” (**MS 26.209/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.10.2006, *DJ* de 27.10.2006, tendo sido negado seguimento ao MS e, assim, prejudicado o pedido de medida liminar. Houve interposição de agravo regimental — **matéria pendente de julgamento pelo STF**).

■ 11.13.4.4. O STF não deve ser considerado mera instância revisora das decisões administrativas do CNJ

A competência originária do STF para analisar atos do CNJ (art. 102, I, “r”, CF/88) está intimamente relacionada à qualidade do referido ato administrativo, devendo haver inovação na ordem jurídica.

Isso porque, se o CNJ não inovar negativamente a ordem jurídica, não poderemos considerar o ato do CNJ passível de ataque.

Explicamos: vamos imaginar que o ato atacado no CNJ seja, por exemplo, emanado de determinado tribunal inferior que não nomeou candidatos aprovados em concurso público e que foram convocados para exames admissionais.

Se o CNJ confirmar a inexistência do direito líquido e certo à nomeação, simplesmente confirmando a decisão do tribunal inferior, não podemos dizer que o ato do CNJ é o ato coator, novo e passível de ataque. Na verdade, no caso citado, o CNJ apenas confirmou decisão de Presidente de Tribunal que não nomeou candidatos aprovados em determinado certame.

Assim, eventual mandado de segurança, no caso, não poderá ser originário no STF, sob pena de se caracterizar **acesso *per saltum* à Suprema Corte** e combatida **supressão de instância**. Nesse sentido:

> “No pedido de revisão administrativa da pontuação de títulos obtida pelo impetrante, o CNJ entendeu que nada havia a decidir, porque a questão fora apreciada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Deliberação negativa do CNJ que não substituiu o ato originalmente questionado. Ausência de abuso ou ilegalidade na decisão do CNJ. Não conhecimento desse pedido por incompetência do STF (...). **Impossibilidade de se transformar o STF em instância revisora das decisões administrativas do CNJ**. Ausência de direito líquido e certo do impetrante para a oferta de serventias vagas, não constantes no edital” (**MS 27.026**, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03.11.2010, Plenário, *DJE* de 21.02.2011).

■ 11.13.5. O CNJ tem controle da função jurisdicional do Judiciário?

Ou, em outras palavras, pode o CNJ rever as decisões dos magistrados no âmbito do processo?

Não. Conforme visto, a competência do CNJ restringe-se ao **âmbito administrativo**, não podendo adentrar na análise dos atos jurisdicionais, nem rever o conteúdo da decisão judicial. Para tanto, a parte deve valer-se dos meios processuais estabelecidos pelo sistema recursal.

Nesse sentido, posiciona-se o STF: "(...) Conselho Nacional de Justiça: competência restrita ao controle de atuação administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário a ele sujeitos" (MS 25.879-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.08.2003, *DJ* de 08.09.2006).

Ou, ainda: "(...) não se desconhece que o Conselho Nacional de Justiça — embora incluído na estrutura constitucional do Poder Judiciário — qualifica-se como órgão de caráter administrativo, **não dispondo de atribuições institucionais que lhe permitam exercer fiscalização da atividade jurisdicional dos magistrados e Tribunais** (...) (*CNJ — Natureza Jurídica — Controle da Função Jurisdicional — Inadmissibilidade* — MS 27.148-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.05.2008, *DJE* de 26.05.2008 — íntegra no *Inf. 507/STF*). (A liminar foi confirmada na decisão monocrática proferida em 20.05.2010, *DJE* de 26.05.2010 — íntegra no *Inf. 589/STF*).

■ 11.13.6. Corregedoria Nacional de Justiça e Ministro-Corregedor do CNJ

A Corregedoria Nacional de Justiça, órgão do CNJ, será dirigida pelo Corregedor Nacional de Justiça.

O art. 103-B, § 5.º, estabelece que o **Ministro do STJ** exercerá a função de **Ministro-Corregedor** e ficará excluído da distribuição de processos no âmbito de seu Tribunal, competindo-lhe, além das **atribuições** que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

- ■ receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;
- ■ exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;
- ■ requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Cabe lembrar a edição da **Res. n. 135, de 13.07.2011**, do **CNJ**, que dispõe sobre a *uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar* aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, além

de dar outras providências.

Em 16.08.2011, foi ajuizada a **ADI 4.638**, pela **Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)**, questionando diversos dispositivos do ato.

Dentre tantas discussões está a suposta colisão entre a **atuação correcional do CNJ** e a **atuação das corregedorias locais dos Tribunais**.

Em 19.12.2011, o Min. Marco Aurélio deferiu, em parte, o pedido de medida liminar e, dentre vários assuntos, deu interpretação conforme ao art. 12, *caput*, da referida resolução para estabelecer a **competência subsidiária** do CNJ em âmbito disciplinar (*Notícias STF*, da referida data).

O art. 12, *caput*, da Res. n. 135/2011/CNJ, estabelece que, para os **processos administrativos disciplinares e para a aplicação de quaisquer penalidades previstas em lei**, é competente o **Tribunal** a que pertença ou esteja subordinado o Magistrado, **sem prejuízo da atuação do Conselho Nacional de Justiça**. O Plenário do STF, por **6 X 5**, em 02.02.2012, **não referendou** a citada **liminar** concedida pelo ministro Marco Aurélio, que havia suspendido a vigência do referido dispositivo.

Dessa forma, de acordo com a decisão, a regra do art. 12 da Res. n. 135/2011/CNJ é **autoaplicável** e, portanto, o **CNJ**, no exercício de suas atribuições correcionais, atua **originariamente (primariamente)** e **concorrentemente** com as Corregedorias dos tribunais.[116]

11.13.7. Prerrogativa de foro

Outra regra interessante está prevista no art. 52, II, modificado pela EC n. 45/2004, que amplia as hipóteses de julgamento de **crime de responsabilidade** pelo **SF**, fazendo incluir os membros do Conselho Nacional de Justiça.

Então, se perguntarem se um juiz estadual ou um cidadão podem cometer crime de responsabilidade, a resposta será afirmativa desde que seja membro do Conselho Nacional de Justiça.

E as infrações penais comuns?

A EC n. 45/2004 **não** estabeleceu qualquer regra. Quando aprovada a "**PEC Paralela da Reforma do Judiciário**" (PEC n. 29-A/2000-SF e PEC n. 358/2005-CD), a competência passará a ser do STF (nova redação a ser dada ao art. 102, I, "b").

Contudo, como fica nos termos do texto atual?

A infração penal comum, eventualmente praticada por um membro do CNJ, será apurada seguindo a regra individual de prerrogativa de função de cada membro. Assim, se, supostamente, o ato for praticado pelo Ministro do STJ, a competência será do STF (art. 102, I, "c"), se pelo Juiz de Direito Estadual, do TJ, art. 96, III, com a ressalva do crime eleitoral etc. (cf.

esquematização no *item 10.4.15*).

■ 11.13.8. Outras regras sobre o CNJ

Sem ter a previsão de participação como membros, o art. 103-B, § 6.º, dispõe que junto ao Conselho oficiarão o **Procurador-Geral da República** e o **Presidente do Conselho Federal da OAB**.

Nesse particular, conforme decidiu o STF, "... ainda que disponha o art. 103-B, § 6.º, da Constituição Federal que 'junto ao Conselho oficiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil', **a ausência destes às sessões do Conselho não importa em nulidade das mesmas**" (MS 25.879-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.08.2006, *DJ* de 08.09.2006).

Como maneira de cumprir todas as atribuições previstas, o art. 103-B, § 7.º, estabelece que a União, inclusive no DF e nos Territórios, criará **ouvidorias de justiça**, competentes para receber **reclamações** e **denúncias** de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho, com sede na Capital Federal (Brasília), foi alocado como **órgão do Poder Judiciário** (art. 92, I-A) e tem atuação em todo o território nacional.

Sobre importante desdobramento do princípio do contraditório e da ampla defesa no tocante à intimação pessoal de terceiros em PCAs, cf. *item 14.10.29.3*.

■ 11.13.9. Duas importantes Resoluções do CNJ

O Conselho Nacional de Justiça aprovou diversas resoluções, sugerindo a sua leitura para as provas da magistratura especialmente.

Destacamos duas importantes Resoluções, a de n. 7, que proíbe o **nepotismo**, e a de n. 75 (republicada no *DJE* de 07.11.2011, em obediência à Emenda n. 01), que disciplina o **conceito de atividade jurídica** de 3 anos como requisito para o ingresso na Magistratura.

Em relação ao primeiro tema, a AMB, tendo em vista as várias decisões conflitantes sobre a matéria, ajuizou a **ADC 12**.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal manteve, por maioria (9 X 1), a validade da Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que vedou a contratação de parentes de magistrados, até o terceiro grau, para cargos de chefia, direção e assessoramento no Poder Judiciário (*Notícias STF*, 16.02.2006 e *Inf. 516/STF*).

Com essa decisão, tendia, indevidamente, o STF a atribuir caráter

normativo às Resoluções do CNJ, tema que ainda precisa ser estudado com muito cuidado.

Retraindo essa tendência, como visto, de maneira coerente, o STF declarou inconstitucional a Resolução n. 24 do CNJ (ADI 3.823/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 06.12.2006, *Inf. 451/STF*).

A maior dificuldade é a disciplina da regra do art. 93, I (3 anos), quando, na verdade, em nosso entender, deveria ter sido o tema regulamentado, necessariamente, por **lei complementar do Congresso Nacional, de iniciativa exclusiva do STF** (competência reservada). Apesar desse nosso posicionamento, o STF vem reconhecendo a aplicação da Resolução n. 75/2009-CNJ para disciplinar a matéria (cf. *item 11.4*).

■ 11.14. SÚMULA VINCULANTE

■ 11.14.1. Duas realidades: a morosidade da Justiça e as teses jurídicas repetitivas

A **morosidade da Justiça**, amplamente conhecida e criticada, apresenta-se como uma das grandes mazelas do Judiciário deste começo de novo século.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, para se ter um exemplo, convivia-se com um inconcebível "tempo morto" de até 5 anos para distribuir um único recurso de apelação, apesar de a tese decidida pelo juízo monocrático (e aguardando distribuição para nova apreciação pelo Tribunal) já estar pacificada no STF.

Sem dúvida, a divergência jurisprudencial, atrelada ao sistema recursal pátrio, bem como as diversas causas repetidas em que a Fazenda Pública figura como parte, vem contribuindo para agravar a chamada **"crise da Justiça"**.

A súmula vinculante, como se verá, em nosso entender, sem dúvida contribui para, ao lado de tantas outras técnicas, buscar realizar o comando fixado no art. 5.º, LXXVIII, também introduzido pela Reforma do Poder Judiciário e, na mesma medida, estabelecer a segurança jurídica, prestigiando o princípio da isonomia, já que a lei deve ter aplicação e interpretação uniformes.

■ 11.14.2. As "famílias" do direito

Em importante obra, René David procurou agrupar os direitos em **"famílias"** como técnica "... para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo".[117]

Assim, é possível identificar: **a)** família romano-germânica; **b)** família da *common law*; **c)** família dos direitos socialistas; **d)** *outras acepções da ordem social e do direito*, sendo, segundo René David, o direito muçulmano, o direito da Índia, os direitos do Extremo Oriente e os direitos da África e de Madagascar.

Essa divisão em *famílias*, muito embora a sua utilidade, vem sendo posta em dúvida, sobretudo pelos processualistas, tendo em vista as diferenças entre os vários sistemas processuais.

Apesar da crítica, podemos valer-nos de dois grandes "modelos" para o estudo da súmula vinculante: **a)** modelo do direito codificado continental (*civil law*); **b)** modelo do precedente judicial anglo-saxão (*common law*).

Como anotou Tavares, "há uma radical oposição e (aparente)

incompatibilidade entre os modelos mencionados. Realmente, enquanto o *modelo codificado* (caso brasileiro) atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos, tendendo a estabelecer normas gerais organizadoras, o modelo jurisprudencial (caso norte-americano, em parte utilizado como fonte de inspiração para criação de institutos no Direito brasileiro desde a I República) obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado). Este modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (*judge made law*). É, pois, um sistema nitidamente *judicialista*. Já o direito codificado, como se sabe, está baseado, essencialmente, na lei...".[118]

E continua Tavares: "o chamado *precedente* (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o *caso já decidido*, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. Esse precedente, como o princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a ideia de súmula vinculante brasileira)".[119]

■ 11.14.3. Influência do stare decisis da família da common law

Podemos afirmar, então, que, embora com as suas particularidades, o instituto do *stare decisis* influenciou a criação da súmula vinculante do direito brasileiro.

Segundo Agra, "... o sistema do *Common Law*, de tradição anglo-saxônica, onde prepondera o *stare decisis* (*et quieta non movere*), o precedente judiciário é fonte de direito, isto é, detém valor normativo".[120]

Fala-se, então, em "*stare decisis et quieta non movere*", ou seja, "mantenha-se a decisão e não se perturbe (se altere) o que foi decidido", apesar de o precedente não ser de aplicação absoluta.[121]

Nesse sentido, para evitar o risco da instabilidade (já que os juízes poderiam decidir de maneira divergente, criando várias leis contraditórias), estabeleceu-se o instituto dos **precedentes**, devendo todos os demais juízes julgar conforme o decidido no caso concreto e pelo órgão hierárquico superior.

Conforme anotam Sormani e Santander ao analisar o caso particular do sistema norte-americano, "... a descentralização do Judiciário, própria do federalismo, e a importância atribuída às decisões judiciais por força do *judicial review* exigiram para a funcionalidade do sistema a adoção do efeito

vinculante aos precedentes judiciais”.[122]

■ 11.14.4. Influência da Alemanha e da Áustria

Podemos afirmar, ainda, que a súmula vinculante também encontra antecedentes na Alemanha, cujo sistema concentrado de controle de constitucionalidade já havia influenciado o estabelecimento da ação declaratória de constitucionalidade introduzida pela EC n. 3/93.

Na lição de Gilmar Mendes, o § 31, ns. 1 e 2, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* confere **força de lei e efeito vinculante** às decisões do Tribunal. A vinculação também decorre da Lei Fundamental.[123]

Em igual medida, destacamos o art. 140, n. 7, da Constituição da Áustria, que fixa o efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e administrativos.

■ 11.14.5. A influência do direito português

Usando a expressão “força obrigatória geral”, o art. 282, n. 1, da Constituição portuguesa de 1976 consagra a ideia de **vinculação geral** e de **força de lei** (semelhante à lei) decorrente das decisões do Tribunal Constitucional no controle abstrato, o que, sem dúvida, também influenciou o direito brasileiro.[124]

■ 11.14.6. A evolução do “direito sumular” no Brasil (fase colonial — influência do direito português)

Pode-se afirmar que, na fase colonial, as Ordenações Afonsinas não conheceram qualquer instituto de vinculação, que somente apareceu, em 1521, com as Ordenações Manuelinas (Liv. V, Tít., 58, § 1.º) por meio do estabelecimento dos **“assentos”**.

As Ordenações Filipinas, aperfeiçoando, criaram o instituto dos **“Assentos da Casa de Suplicação”**, com força vinculativa (Liv. I, Tít. 5, § 5.º).

Como sustenta Cármen Lúcia, “os antecedentes portugueses do Direito brasileiro é que por primeiro dão notícia dos *assentos*, que eram firmados pela Casa da Suplicação, nos termos das Ordenações Manuelinas, com a finalidade precípua de extinguir dúvidas jurídicas suscitadas em causas submetidas a julgamento. As soluções dadas aos casos que se constituíssem objeto de dúvida por aquela Casa e definidas nos *assentos* convertiam-se em normas, tendo sido adotada essa figura pelas Ordenações Filipinas. Se entre os juízes da Casa de Suplicação não se chegasse a uma deliberação quanto à dúvida, em razão de sua extensão a todos eles, a matéria seria encaminhada

para a solução do Rei, que a sanaria mediante lei, alvará ou decreto”.[125]

Em seguida, a denominada **“Lei da Boa Razão”**, de **18.08.1769**, excluiu a possibilidade de *assentos* pelos Tribunais do Rio de Janeiro e da Bahia.

O Príncipe Regente D. João, mediante **Alvará Régio de 10.05.1808**, por seu turno, instituiu a “Casa da Suplicação do Brasil”, restabelecendo a prática dos assentos.

11.14.7. A evolução do “direito sumular” no Brasil (após a independência)

A **Lei n. 5, de 20.10.1823**, manteve em vigor as Ordenações Filipinas.

Posteriormente, a **Lei n. 18, de 18.09.1828**, criou o **Supremo Tribunal de Justiça** (09.01.1829 — 27.02.1891) e, em seu art. 19, estabeleceu interessante procedimento para a uniformização da legislação.[126]

O **Decreto Legislativo n. 2.684, de 23.10.1875**, regulamentado pelo **Decreto n. 6.142, de 10.03.1876**, deu **força de lei**, no Império, aos **assentos** da *Casa da Suplicação* de Lisboa, bem como competência para o *Supremo Tribunal de Justiça* tomar outros, também **com força de lei**, até que fossem derrogados pelo Poder Legislativo.

A **Constituição da República** (1891) extinguiu, definitivamente, a prática dos assentos, apesar da posterior previsão dos **prejulgados** no CPC/39 (art. 861) e no art. 902 da CLT/43 (cujo § 4.º determinava que, uma vez estabelecido o prejulgado pela *Câmara de Justiça do Trabalho*, os Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficavam obrigados a respeitá-lo).

Por influência do então Ministro do STF **Victor Nunes Leal**, instituiu-se a **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal**, por intermédio de Emenda Regimental de 28.03.1963, aprovando-se, em 13.12.1963, os primeiros 370 enunciados.

Segundo relatou em palestra proferida em Belo Horizonte em 12.08.1964, a súmula atende a vários objetivos: “é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação; atribui à jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações deliberadas”.[127]

Ainda, como bem anota, “... razões pragmáticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um contexto social e histórico, não devem ter

soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo natural anseio de segurança”.[128]

Cabe alertar, no entanto, que referidas súmulas não têm caráter vinculante, mas, simplesmente, persuasivo.

Posteriormente, nessa escalada evolutiva, destaca-se a instituição do **Superior Tribunal de Justiça** (STJ) pela CF/88, instalado em 07.04.1989 (Lei n. 7.746/89) e, nos mesmos termos do STF, com a possibilidade de editar súmulas orientando o posicionamento do Tribunal em relação a determinados assuntos, sem, contudo, o caráter vinculante.

Finalmente, a **EC n. 45/2004** introduziu no direito brasileiro a **súmula vinculante**, que foi regulamentada pela **Lei n. 11.417, de 19.12.2006**.

■ 11.14.8. Prenúncios da súmula vinculante em âmbito constitucional

A valorização substancial dos precedentes, em âmbito constitucional, decorre do **efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública tendo em vista a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (em razão do caráter dúplice ou ambivalente das ações constitucionais) proferida no controle concentrado (art. 102, § 2.º, da CF/88 e art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 — Rcl — Agr-QO 1.880-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 06.11.2002, e *Inf. 289/STF,* 2002).

Essa tendência é resgatada pelo legislador da **Reforma do Judiciário** ao ampliar o efeito vinculante que já era previsto na ADC para a ADI, modificando a redação do art. 102, § 2.º, nos seguintes termos:

> “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

■ 11.14.9. Prenúncios da súmula vinculante no âmbito do direito processual civil

Alfredo Buzaid apresentou, seguindo o exemplo do art. 861 do Código de 1939, a figura dos **assentos vinculantes** no Projeto de Código de Processo Civil, na década de 70.

Como se sabe, no CPC/73 (“Código Buzaidiano”), a ideia não foi aceita, limitando-se o Código, em seu art. 476, a tratar “da uniformização da jurisprudência”.

Contudo, especialmente por meio das últimas minirreformas do Código Buzaidiano de 1973, o legislador vem **aumentando o poder decisório dos**

relatores e a “vinculação” sugestiva decorrente de posicionamentos já sumulados e pacificados nos tribunais superiores, conforme se observa, dentre outros, pelos seguintes artigos do CPC: 120, parágrafo único; 285-A, *caput*;[129] 475, § 3.º; 475-L, § 1.º; 741, parágrafo único;[130] 479; 481, parágrafo único; 518, § 1.º; 544, §§ 3.º e 4.º; 555, § 1.º; 557, *caput*; e 557, § 1.º-A.

■ 11.14.10. Os contornos da súmula vinculante na EC n. 45/2004

O art. 103-A estabelece as seguintes regras para a **súmula vinculante:**

> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de **dois terços** dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
> § 1.º A súmula terá por objetivo a **validade**, a **interpretação** e a **eficácia** de normas determinadas, acerca das quais haja *controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete* **grave insegurança jurídica** e **relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica**.
> § 2.º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a **aprovação**, **revisão** ou **cancelamento** de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a **ação direta de inconstitucionalidade**.
> § 3.º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá **reclamação** ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

O instituto da **súmula vinculante**, inicialmente estendido para os Tribunais Superiores, nos termos dos arts. 105-A e 112-A, foi retirado pela CCJ do Senado, permanecendo a regra exclusivamente para o **STF**. A matéria que voltou para a CD (“PEC Paralela do Judiciário”) fixa a possibilidade de edição de **súmula impeditiva de recurso**, mas este é outro tema que ainda depende de aprovação em 2 turnos pela Câmara dos Deputados.

Portanto, podemos esquematizar as modalidades de súmulas que o direito brasileiro atualmente consagra, indicadas abaixo em ordem crescente de “vinculação”:

- **súmula persuasiva:** súmula sem vinculação, indicando simplesmente o entendimento pacificado do tribunal sobre a matéria. Atualmente,

todos os tribunais a estabelecem. O impacto, no entanto, é meramente processual e indicativo, por exemplo, o julgamento monocrático pelo relator nos tribunais (art. 557, § 1.º-A, do CPC);

- **súmula impeditiva de recursos:** introduzida pela **Lei n. 11.276, de 07.02.2006**, nos termos do art. 518, § 1.º, do CPC, estabelece mais um *requisito de admissibilidade* do recurso de **apelação**, qual seja, a sentença de primeira instância não estar em conformidade com súmula do STJ ou do STF. Se a decisão estiver nos termos de seu sentido exato, todo e qualquer recurso ficará "barrado". Como visto, a "PEC Paralela de Reforma do Poder Judiciário", que ainda precisa ser aprovada, estabelece a súmula impeditiva de recursos para o STJ e o TST, o que ampliará a regra que hoje se limita ao recurso de apelação;
- **súmula de repercussão geral (também impeditiva de recurso):** como vimos, o art. 102, § 3.º, da CF/88 foi regulamentado pela Lei n. 11.418/2006, que, acrescentando o art. 543-A do CPC, estabeleceu (§ 7.º) a **súmula de repercussão geral**, que também será **impeditiva de recurso** (mas restrita ao recurso extraordinário), já que, uma vez firmada a tese de que o fundamento jurídico não apresenta repercussão geral, nenhum recurso extraordinário será conhecido, devendo ser considerado automaticamente não admitido;
- **súmula vinculante:** introduzida pela EC n. 45/2004 — instrumento exclusivo do STF, o enunciado de súmula vinculante, uma vez editado, produz efeitos de vinculação para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública. A medida foi regulamentada pela Lei n. 11.417/2006, com *vacatio legis* de 3 meses.

11.14.11. As regras trazidas pela Lei n. 11.417, de 19.12.2006 — súmula vinculante

11.14.11.1. Competência

O **STF**, de ofício ou mediante provocação, é o **exclusivo** tribunal competente para a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

11.14.11.2. Objeto

O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas.

11.14.11.3. Requisitos para a edição

Devem existir reiteradas decisões sobre **matéria constitucional** em relação a normas acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

11.14.11.4. Legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante

Como vimos, além de o STF poder, **de ofício**, editar, rever ou cancelar súmula vinculante, o processo poderá ser, também, iniciado mediante **provocação**.

O art. 103-A, § 2.º, da CF/88 dispõe que, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (que são os mesmos que também podem propor a ação declaratória de constitucionalidade, conforme nova redação conferida ao art. 103, *caput*, da CF/88 pela EC n. 45/2004).

Nesse sentido, a Lei n. 11.417/2006 previu tanto os **legitimados autônomos** como os **incidentais**.

De forma **autônoma**, sem a necessidade de se ter um processo em andamento, são legitimados, nos termos do art. 3.º da Lei n. 11.417/2006, os mesmos da **ADI** e da **ADC**, previstos no art. 103 da CF/88 (CF, art. 103-A, § 2.º), bem como, e acrescentando, o **Defensor Público-Geral da União** e os **Tribunais Superiores**, os **TJs dos Estados** ou do **DF e Territórios**, os **TRFs**, os **TRTs**, os **TREs** e os **Tribunais Militares**.

Os **Municípios** também passaram a ter legitimação ativa, porém como **legitimados incidentais**. Isso porque, conforme o art. 3.º, § 1.º, da lei, os Municípios só poderão propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante **incidentalmente** ao curso de processo em que sejam parte, o que, contudo, **não autoriza a suspensão dos referidos processos**.[131]

11.14.11.5. Procedimento

O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, além das regras contidas na CF/88 e na **Lei n. 11.417/2006**, ao disposto no **Regimento Interno do STF**.

Nesse sentido, a **Emenda Regimental n. 46/2011** acresceu os arts. 354-A a 354-G ao *RISTF*, regulamentando o procedimento, conforme passamos a reproduzir.

Observamos que a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante seguem um **rito próprio** e **específico**, não se admitindo a interposição de recurso extraordinário para esse fim, nem mesmo a utilização da ADI ou da ADPF.

Isso não impede que a Suprema Corte, a partir de certo julgamento,

proponha, **preenchidos os requisitos constitucionais**, a edição, a revisão ou o cancelamento de determinado enunciado.

Nesse sentido, o art. 354-E, do *RISTF*, permite que a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante **verse** sobre **questão com repercussão geral reconhecida**, caso em que poderá ser apresentada por qualquer Ministro logo após o julgamento de mérito do processo, para deliberação imediata do Tribunal Pleno na mesma sessão.

Pois bem, avançando o regramento regimental, recebendo a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, a Secretaria Judiciária a autuará e registrará ao **Presidente**, para apreciação, no prazo de 5 dias, quanto à **adequação formal da proposta**.

Nos termos do art. 3.º, § 2.º, da Lei n. 11.417/2006, no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por **decisão irrecorrível**, a **manifestação de terceiros** *(amicus curiae*) na questão, nos termos do *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*.

De acordo com o art. 354-B, do *RISTF*, verificado o atendimento dos requisitos formais, a Secretaria Judiciária publicará **edital** no sítio do Tribunal e no *Diário da Justiça Eletrônico*, para **ciência** e **manifestação** de **interessados** no prazo de 5 dias, encaminhando a seguir os autos ao **Procurador-Geral da República** para manifestação, salvo, conforme estabelece o art. 2.º, § 2.º, da Lei n. 11.417/2006, nas propostas que houver formulado.

Devolvidos os autos com a manifestação do Procurador-Geral da República, o Presidente submeterá as manifestações e a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos Ministros da *Comissão de Jurisprudência*, em meio eletrônico, para que se manifestem no prazo comum de 15 dias; decorrido o prazo, a proposta, com ou sem manifestação, será submetida, também por meio eletrônico, aos demais Ministros, pelo mesmo prazo comum, sendo que, ao final, o Presidente submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta.

A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula, com efeito vinculante, dependerão de decisão tomada por pelo menos **2/3** dos membros do STF, em sessão plenária, manifestando-se no mesmo sentido pelo menos 8 dos 11 Ministros.

No prazo de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o STF fará publicar, em seção especial do *Diário da Justiça Eletrônico* e do *Diário Oficial da União*, o enunciado respectivo.

O teor da proposta de súmula aprovada, que deve constar do acórdão, conterá cópia dos debates que lhe deram origem, integrando-o, e constarão das publicações dos julgamentos no *Diário da Justiça Eletrônico*.

Nos termos do art. 6.º da Lei n. 11.417/2006, a **proposta** de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Finalmente, a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula tramitará sob a forma eletrônica, e as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no sítio do STF.

■ 11.14.11.6. Efeitos da súmula

A partir da **publicação** do enunciado da súmula na Imprensa Oficial, ela terá **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Assim, a vinculação repercute somente em relação ao **Poder Executivo** e aos **demais órgãos do Poder Judiciário**, não atingindo o Legislativo, sob pena de se configurar o **"inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição"**, conforme anotado pelo Ministro Peluso na análise dos efeitos da ADI **(Rcl 2617, *Inf. 386/STF*)**, nem mesmo em relação ao próprio STF, sob pena de se inviabilizar, como visto, a possibilidade de revisão e cancelamento de ofício e, assim, a adequação da súmula à evolução social.

Esclarecemos que, no tocante ao **Legislativo**, parece razoável imaginar a vinculação em relação ao exercício de sua função atípica jurisdicional e, claro, se houve alguma interpretação pela Suprema Corte em termos de procedimento.

A ideia central é permitir que o Legislativo possa ter liberdade para o exercício de sua função típica normativa.

Por sua vez, em relação ao **STF**, quando dizemos que não haverá vinculação, estamos querendo explicitar a possibilidade de a Corte poder rever o enunciado. Mas, claro, até que isso aconteça, o entendimento materializado na súmula continuará sendo aplicado. Não parece razoável que um Ministro, monocraticamente, deixe de aplicar a súmula até que ela venha a ser modificada ou cancelada.

Finalmente, um tema bastante interessante foi decidido pelo STF em relação a súmula vinculante que contenha **matéria penal**.

De acordo com alguns Ministros, se o tema fixado na súmula vinculante tratar de matéria penal e for estabelecida interpretação menos benéfica, deveria ser aplicado o princípio da irretroatividade. Assim, por exemplo, o Min. Celso de Mello entendeu que determinado Tribunal estadual, que

apreciava **fato** ocorrido antes da edição de determinada súmula vinculante, não estava vinculado ao seu conteúdo, já que fora estabelecida interpretação mais gravosa (cf. voto **vencido** proferido na Rcl 7.358/STF).

Em certo sentido, chegou a sustentar que a súmula vinculante seria como um "ato normativo", e, nesse sentido, deveria ser aplicado o art. 5.º, XL, que estabelece que a "lei" penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

CUIDADO: esse **entendimento**, contudo, **não vingou no STF**.

De acordo com a Corte, a regra a ser aplicada é a do art. 103-A, *caput*, que estabelece que a súmula vinculante aprovada, ou a que venha a ser modificada ou cancelada, terá efeito vinculante a partir de sua **publicação na Imprensa Oficial**.

Isso significa que, se determinado Tribunal de segundo grau estiver analisando um recurso, ou o juízo monocrático decidindo determinada questão em relação a **fato** praticado em momento **anterior à edição da súmula vinculante**, deverá, **necessariamente, aplicar o entendimento firmado na referida súmula**, mesmo que se trate de **matéria penal** e de **interpretação menos benéfica**. Nesse sentido, confira:

> "EMENTA: (...). Com efeito, a tese de que o julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas antes da edição da súmula não deve obrigatoriamente observar o enunciado sumular (após sua publicação na Imprensa Oficial), *data venia*, não se mostra em consonância com o disposto no art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal, que impõe o **efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, a partir da publicação da súmula na Imprensa Oficial**. Desse modo, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em 10 de setembro de 2008, ao não considerar recepcionada a regra do art. 127 da LEP, afrontou a *Súmula Vinculante 09*"[132] (**Rcl 7.358**, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24.02.2011, Plenário, *DJE* de 03.06.2011).[133]

Deixamos claro que a vinculação se dá a partir da **publicação** da súmula vinculante na Imprensa Oficial, conforme visto. Assim, todas as decisões judiciais **que vierem a ser proferidas** a partir de sua publicação, ou os atos administrativos, também após a edição e publicação da súmula vinculante, deverão respeitar o entendimento firmado, sob pena do cabimento de **reclamação**.

Nesse ponto, naturalmente, **não caberá reclamação** (apesar de outros instrumentos adequados, como o recurso extraordinário, o mandado de segurança etc.) se a **decisão judicial** ou o **ato administrativo** que se pretende atacar for **anterior** à edição da **súmula vinculante**.

E cuidado, não basta, para vincular, que exista súmula que, por ser persuasiva, tem natureza meramente processual e não constitucional. A súmula, a propósito, para vincular e permitir o ajuizamento de reclamação no caso de sua contrariedade, negativa de vigência ou aplicação indevida, terá que ser **vinculante**, observando-se todo o procedimento e as formalidades estudados.

■ 11.14.11.7. Modulação dos efeitos

Na mesma linha da regra da modulação dos efeitos da decisão prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/99 (ADI), o art. 4.º da Lei n. 11.417/2006 estabelece que a súmula com efeito vinculante tem **eficácia imediata**, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse público**.

■ 11.14.11.8. Revogação ou modificação da lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante

Conforme vimos, revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o STF, de ofício ou por provocação, procederá à sua **revisão** ou **cancelamento**, conforme o caso.

Nesse sentido, para se ter um exemplo, entendemos que a **SV n. 9/STF**, tendo em vista a modificação do art. 127 da LEP (Lei n. 7.210/84) pela Lei n. 12.433/2011, precisa passar, necessariamente, por um processo de revisão ou cancelamento, já que não mais se adéqua ao conteúdo da nova regra (cf. discussão no *item 11.14.12*) **(matéria pendente)**.

■ 11.14.11.9. Da reclamação

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá **reclamação**[134] ao STF, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

Conforme vimos, **não caberá reclamação** (apesar de outros instrumentos adequados, como o recurso extraordinário, o mandado de segurança etc.) se a **decisão judicial** ou o **ato administrativo** que se pretende atacar for **anterior** à edição da **súmula vinculante**. Isso porque a **vinculação** se dará a partir da **publicação** da súmula vinculante na Imprensa Oficial.

Em se tratando de **omissão** ou ato da **Administração Pública**, o uso da reclamação só será admitido **após esgotamento das vias administrativas**. Trata-se de instituição, por parte da lei, de *contencioso administrativo*

atenuado ou de *curso forçado* e *sem violar o princípio do livre acesso ao Judiciário* (art. 5.º, XXXV), na medida em que o que se veda é somente o ajuizamento da **reclamação** e não de qualquer outra medida cabível, como a ação ordinária, o mandado de segurança etc.

Julgando procedente a reclamação, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

■ 11.14.11.10. Responsabilidade do administrador público

Nos termos do *art. 64-B da Lei n. 9.784/99*, introduzido pela Lei n. 11.417/2006, acolhida pelo STF a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas **cível, administrativa** e **penal**.

O objetivo é muito claro, qual seja, como diagnosticado, diminuir a presença da Fazenda Pública como parte em processos jurisdicionais idênticos cuja tese jurídica já tenha sido decidida pelo STF, com efeito vinculante.

■ 11.14.11.11. Responsabilidade dos magistrados?

A lei não fixou, ao menos explicitamente, qualquer sanção aplicável aos juízes em caso de descumprimento de súmula vinculante, garantindo-se, como anotou o Ministro Marco Aurélio, "a liberdade do magistrado de apreciar os elementos para definir se a conclusão do processo deve ser harmônica ou não com o verbete".[135]

Contudo, isso não significa que o magistrado jamais poderá ser responsabilizado em caso do seu descumprimento.

Isso porque, se o desrespeito ao efeito vinculante da súmula for **infundado** e **reiterado, doloso** e **desproporcional**, entendemos que poderá se caracterizar violação aos **deveres funcionais**, viabilizando-se, assim, a abertura do competente **procedimento administrativo disciplinar** com possíveis aplicações das penalidades legais.

De acordo com o art. 2.º do *Código de Ética da Magistratura*,[136] impõe-se ao magistrado a primazia pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos.

Como se sabe, tanto a Constituição, como a Lei n. 11.417/2006, estabelecem que a partir de sua publicação na imprensa oficial, a **súmula vinculará os órgãos do Poder Judiciário**.

Em igual medida, o art. 35, I, da *LC n. 35/79* (LOMAN), estabelece serem deveres do magistrado **cumprir** e fazer cumprir, com independência, serenidade e **exatidão**, as **disposições legais** e os atos de ofício.

Essa questão chegou a ser "ventilada" no STF após analisar diversos *habeas corpus* contra decisões do **STM** que, contrariando entendimento da Corte, a qual entende ser competência da Justiça Federal, continuava a aceitar a competência da Justiça Castrense (Militar) para processar e julgar civis denunciados pelo crime de falsificação da Carteira de Habilitação Naval (CIR) ou habilitação de arrais-amador.

Conforme noticiado, os ministros que compõem a 2.ª Turma do STF sugeriram que o Min. Celso de Mello elaborasse *Proposta de Súmula Vinculante* (PSV) refletindo o entendimento pacificado, embora não sumulado, de **incompetência da Justiça Militar**.[137]

O Min. Gilmar Mendes, embora tenha expressado a sua resistência para a edição de súmulas vinculantes em matéria penal **(apesar de possíveis)**, sustentou, para o referido caso, a sua adoção, especialmente diante do risco de **prescrição** em razão da **demora** no julgamento (em razão do indevido encaminhamento dos autos para julgamento perante o STM e, posteriormente, a remessa para a Justiça Federal) e, assim, a consequente **impunidade**.

Com a edição da súmula vinculante, esperam os Ministros cesse esse comportamento reiterado do STM. Isso porque, conforme assinalou o Min. Lewandowski, "... o **descumprimento** de uma **súmula vinculante** de forma **infundada** e **sem justificação** pode ensejar a **responsabilização do magistrado**, porque é um **ato de insubordinação**" (*Notícias STF*, de 13.09.2011).

■ 11.14.12. As 32 primeiras súmulas vinculantes (a de número 30 com a publicação suspensa)

Apresentamos, abaixo, as 32 primeiras súmulas vinculantes editadas pelo STF, as quais, em razão de sua importância, devem ser bem analisadas para as provas de concursos:

- ■ **súmula vinculante n. 1:** "ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n. 110/2001";
- ■ **súmula vinculante n. 2:** "é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias";

■ **súmula vinculante n. 3:** "nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão";

■ **súmula vinculante n. 4:** "salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial";

■ **súmula vinculante n. 5:** "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". Desse maneira, fica **superada** a S. 343/STJ que dizia exatamente o contrário;[138]

■ **súmula vinculante n. 6:** "não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial";

■ **súmula vinculante n. 7:** "a norma do § 3.º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar";

■ **súmula vinculante n. 8:** "são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5.º do Decreto-lei n. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário";

■ **súmula vinculante n. 9:** "o disposto no artigo 127 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58". **CUIDADO:** referida súmula vinculante foi aprovada em **12.06.2008** (*DJE* de 20.06.2008) e, assim, antes do advento da **Lei n. 12.433, de 29.06.2011**, que, em nosso entender, acarreta a indiscutível necessidade de sua **revisão** ou **cancelamento**, já que, modificando a regra anterior, inova o ordenamento de maneira **mais benéfica**. Isso porque, se na redação original do art. 127 da LEP, na interpretação dada pelo STF, a prática de **falta grave** ocasionava a perda de **todos** os dias remidos, na redação atual (do art. 127, da *LEP*), estabelecida pela Lei n. 12.433/2011, o juiz poderá revogar até o **limite máximo** de **1/3 do tempo remido**, observado o art. 57 da LEP;[139]

■ **súmula vinculante n. 10:** "viola a cláusula de reserva de plenário (cf. artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte";

■ **súmula vinculante n. 11:** "só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar,

civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”;

■ **súmula vinculante n. 12:** “a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”;

■ **súmula vinculante n. 13:** “a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

■ **súmula vinculante n. 14:** “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”;

■ **súmula vinculante n. 15:** “o cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo”;

■ **súmula vinculante n. 16:** “os artigos 7.º, IV, e 39, § 3.º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público”;

■ **súmula vinculante n. 17:** “durante o período previsto no § 1.º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos”;

■ **súmula vinculante n. 18:** “a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7.º do artigo 14 da Constituição Federal”;

■ **súmula vinculante n. 19:** “a taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal”;

■ **súmula vinculante n. 20:** “a Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa — GDATA, instituída pela Lei n. 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5.º, parágrafo único, da Lei n. 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1.º da Medida Provisória n. 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 pontos”;

■ **súmula vinculante n. 21:** “é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de

recurso administrativo";

■ **súmula vinculante n. 22:** "a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04";

■ **súmula vinculante n. 23:** "a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada";

■ **súmula vinculante n. 24:** "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo";

■ **súmula vinculante n. 25:** "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito";

■ **súmula vinculante n. 26:** "para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico";

■ **súmula vinculante n. 27:** "compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente".

■ **súmula vinculante n. 28:** "é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário";

■ **súmula vinculante n. 29:** "é constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra";

■ **súmula vinculante n. 30:** "é inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos Municípios". **CUIDADO:** o STF, por sugestão do Ministro Dias Toffoli, **suspendeu a publicação** da edição da referida súmula aprovada na sessão de 03.02.2010 (*PSV — Proposta de Súmula Vinculante n. 41*). Isso porque, conforme noticiado, a proposta de redação aprovada "... restringia a inconstitucionalidade à lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS que seria destinada aos municípios. Mas o ministro Dias Toffoli verificou que há precedentes envolvendo outra situação, que não especificamente o incentivo fiscal. Trata-se de uma lei estadual dispondo sobre processo administrativo fiscal de cobrança e compensação de crédito/débito do particular com estado. No caso em questão, houve uma dação em pagamento, em que foram dados bens que não foram repartidos com o município" **(matéria pendente)**;

■ **súmula vinculante n. 31:** "é inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza — ISS sobre operações de locação de bens móveis";

■ **súmula vinculante n. 32:** "o ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras".

■ 11.14.13. Processos com idêntica controvérsia constitucional — exemplo de utilidade da súmula vinculante — o caso da "pensão por morte"

A súmula vinculante tem importante utilidade para processos que discutem **idêntica controvérsia constitucional**.

Como exemplo, lembramos o julgamento em bloco pelo STF de 4.909 processos sobre a **correção do valor da pensão por morte**.

Trata-se de tese fixada nos REs interpostos pelo INSS (cf. REs 416.827 e 415.454) que buscavam a não aplicação da Lei n. 9.032/95 para as hipóteses cujo fato gerador aconteceu antes de seu advento.

Recordando, "até o ano de 1991, a pensão por morte era calculada em 50% do valor da aposentadoria do beneficiário falecido, mais 10% para cada um de seus dependentes. Entre 1991 e 1995, com uma alteração na legislação devido à entrada em vigor da Lei n. 8.213/91 e suas alterações, esse percentual da pensão passou a ser de 80%, mais 10% para cada dependente. Com a Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, o valor da pensão passou a ser 100% (integral). Esta lei determinou que para o cálculo do benefício a ser concedido aos pensionistas levaria em conta os 36 últimos salários de contribuição. Com essas mudanças na forma de cálculo, houve uma defasagem no valor das pensões concedidas anteriormente a 95, gerando para as pessoas nessa situação o direito de pleitearem a equiparação aos casos concedidos posteriormente à Lei 9.032/95, pelo princípio constitucional da isonomia" (*Notícias STF*, 08.02.2007 — 13h46).

Nesse sentido, o STF tinha quase 5.000 processos que versavam sobre questão idêntica, qual seja, a aplicação ou não da Lei n. 9.032/95 para fatos geradores ocorridos antes de sua vigência.

Para o INSS qualquer modificação de valor para fatos ocorridos antes da lei de 1995 implicaria violação aos princípios do ato jurídico perfeito (arts. 5.º, XXXVI, e 195, § 5.º, da CF/88), da proibição de retroatividade, bem como ao princípio constitucional previdenciário que veda a "majoração de benefício sem a correspondente fonte de custeio total" (art. 195, § 5.º, da CF/88).

Por 7 X 4 o STF deu provimento aos recursos do INSS determinando a observância da lei que disciplinava a matéria ao tempo do óbito do segurado (*tempus regit actum* — o ato é regulado pela lei em vigor à época de sua ocorrência).

Sem dúvida, trata-se de tema que poderia ser adotado em enunciado de súmula vinculante com inegável eficiência.

11.14.14. Aspectos conclusivos

A súmula vinculante introduzida pela *Reforma do Judiciário* mostra-se totalmente constitucional. Não há falar em engessamento do Judiciário, na medida em que está **prevista a revisão e o cancelamento dos enunciados editados**.

No mais, há de se notar que o STF só editará súmula em relação a matérias e assuntos específicos (conveniência política) e desde que sejam observados os requisitos do art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 11.417/2006: que o enunciado da súmula tenha por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, **controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão**.

No choque entre dois grandes valores fundamentais de igual hierarquia ("colisão de direitos fundamentais"), parece ser mais condizente, diante da realidade forense pátria, a garantia da **segurança jurídica** e do **princípio da igualdade substancial ou material**, em vez da liberdade irrestrita do magistrado nas causas já decididas e pacificadas no STF, "desafogando", por consequência, o Poder Judiciário das milhares de causas repetidas.

Conforme apontado no relatório da *CCJ* do SF, "parece-nos evidente que a súmula vinculante tende a promover os princípios da igualdade e da segurança jurídica, pois padronizará a interpretação das normas, evitando-se as situações propiciadas pelo sistema vigente, em que pessoas em situações fáticas e jurídicas absolutamente idênticas se submetem a decisões judiciais diametralmente opostas, o que prejudica em maior medida aqueles que não têm recursos financeiros para arcar com as despesas processuais de fazer o processo chegar ao Supremo Tribunal Federal, onde a tese que lhe beneficiaria fatalmente seria acolhida".

Por último, deve-se deixar bem claro que a PEC, nesses moldes aprovada, não fere a regra do art. 60, § 4.º, III (**cláusula pétrea** da Separação de Poderes). Isso porque a limitação do *poder de reforma* não se restringe à impossibilidade de alteração da matéria definida pela doutrina como "cláusula pétrea". A regra deve ser lida no sentido de ser vedada não a reforma, mas a reforma "tendente a abolir".

Reforçada, então, estará a regra da "separação de Poderes" mitigada, nos exatos termos de interferência de um órgão em outro, sem, é claro, esgotar a autonomia natural ("freios e contrapesos").

Finalmente, nos termos do art. 8.º da EC n. 45/2004, cabe observar que as súmulas que estavam em vigor na data da publicação da EC (quais sejam, as de ns. 1-736) somente produzirão efeito vinculante após sua **confirmação** por 2/3 dos membros do STF e publicação na imprensa oficial.

As súmulas editadas a partir da EC n. 45/2004 ou continuarão a ser meramente **persuasivas** ou serão **vinculantes**. Para que sejam vinculantes, deverão passar pelo procedimento diferenciado definido na lei regulamentadora. Por questões de organização, deverão as súmulas vinculantes, como vem sendo feito e já indicamos, receber uma nova e distinta numeração, iniciando-se pela de n. 1.

■ 11.15. ELEIÇÃO DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA NO ESTADO DE SÃO PAULO

O **Conselho Superior da Magistratura** do Estado de São Paulo, conforme redação originária do art. 62 do CE/SP, é composto pelo *a*) Presidente do TJ; *b*) 1.º Vice-Presidente do TJ e *c*) Corregedor-Geral da Justiça, sendo eleitos, a cada biênio, pela **totalidade dos desembargadores**, dentre os integrantes do órgão especial.

A **EC n. 7, de 11.03.1999**, dando nova redação ao art. 62, *caput,* da CE/SP, manteve a composição do **CSM**, mas alterou a forma de eleição, que passaria a realizar-se dentre os integrantes do órgão especial, **pelos desembargadores, juízes dos** *Tribunais de Alçada* e **juízes vitalícios**, ampliando, assim, a legitimidade dos eleitos.

No entanto, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 62 da CE/SP, na redação dada pela EC n. 7/99, o STF, por maioria, deferiu **liminar para suspender**, até decisão final da ação, a eficácia do referido art. 62, por aparente ofensa ao art. 96, I, "a", da CF, que confere aos tribunais competência privativa para eleger os seus órgãos diretivos. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que indeferiu o pedido de liminar, por entender que a expressão "Tribunal de Justiça", do ponto de vista administrativo, abrange juízes de *Tribunais de Alçada* e juízes vitalícios, estando a norma impugnada em harmonia com a CF.

Em 27.10.2011, o STF referendou a liminar e, assim, **declarou inconstitucional**, por 7 X 1, a regra introduzida pela EC n. 7/99, que, apesar da violação ao art. 96, I, "a", mostrava-se bastante interessante do ponto de vista democrático, já que abrangia mais eleitores.

11.16. EXTINÇÃO DOS TRIBUNAIS DE ALÇADA

11.16.1. Histórico nas Constituições

Fazendo uma breve análise, percebe-se que as Constituições de **1824** e de **1891** nada falaram sobre "Tribunais de Alçada" ou sobre "alçada".

A de **1934**, em seu art. 104, § 7.º, estabeleceu que "os Estados poderão criar Juízes com investidura limitada a certo tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das excedentes da sua **alçada** e substituição dos Juízes vitalícios".

A Constituição de **1937**, nos termos de seu art. 106, com praticamente a mesma redação, fixou que "os Estados poderão criar Juízes com investidura limitada no tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das que excederem da sua **alçada** e substituição dos Juízes vitalícios".

De maneira bastante explícita, pela primeira vez, a de **1946**, em seu art. 124, II, permitiu aos Estados a criação de **Tribunais de Alçada** inferiores aos Tribunais de Justiça.

A de **1967**, por seu turno, fixou as regras no art. 136, § 1.º, "a", e § 3.º: "... § 1.º A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: *a*) Tribunais inferiores de segunda instância, com **alçada** em causas de valor limitado, ou de espécies, ou de umas e outras; (...) § 3.º Compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do **Tribunal de Alçada** e os Juízes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratar de crimes eleitorais".[140]

Por derradeiro, a **CF/88** fixou, nos termos do art. 96, II, "c", competir privativamente ao Tribunal de Justiça propor ao Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, a "criação ou extinção dos tribunais inferiores".

No art. 96, III, estabeleceu-se que "o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no **Tribunal de Alçada**, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem".

11.16.2. O surgimento dos Tribunais de Alçada nos Estados

Percebia-se que, "no maior Tribunal de Apelação do País, em São Paulo, que contava à época com 25 Desembargadores, o número de feitos ascendeu a mais de 6.000, mais do dobro dos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Com base nisso, o *Deputado Plínio Barreto* propôs uma emenda que

permitisse aos Estados a criação de Tribunais de Alçada inferior”.[141]

Nesse sentido, diante do permissivo do art. 124, II, da CF/46, pioneiramente, com o objetivo de desafogar o TJ, criou-se, por intermédio da Lei estadual n. 1.162, de 31 de julho de 1951, o Tribunal de Alçada de São Paulo, instalado no dia 11 de agosto[142] de 1951.

“A denominação Tribunal de Alçada foi inspirada na organização judiciária portuguesa, como explicou o Ministro Mário Guimarães em sua obra *O juiz e a função jurisdicional*, ao observar que assim se chamavam os Tribunais volantes que existiam em Portugal, que, regulados pelas Ordenações Afonsinas, circulavam pelas províncias distribuindo justiça”.[143]

O advento da indústria automobilística, aliado ao grande crescimento da sociedade a partir da década de 60, fez surgir a necessidade de se criarem outros tribunais.

A Lei estadual (SP) n. 9.125, de 19.11.1965, determinou o desdobramento do Tribunal de Alçada da seguinte maneira: **a)** 1.º TAC; **b)** TACRIM (1967); **c)** 2.º TAC (1972). Assim, até 1972, conviviam o TJ, o TAC e o TACRIM, já que a divisão do único Tribunal de Alçada Cível se consolidou em 1972.

Nos outros Estados, observamos o surgimento dos Tribunais de Alçada de Minas Gerais (1965), Paraná (1970), Rio Grande do Sul (1971) e Rio de Janeiro (antigo da Guanabara).

Na data da promulgação da **EC n. 45/2004**, contudo, restavam apenas os Tribunais de Alçada de São Paulo (1.º TAC, 2.º TAC e TACRIM) e o do Paraná.

■ 11.16.3. A EC n. 45/2004

O art. 4.º da EC n. 45/2004 assim estabeleceu:

> “Art. 4.º Ficam **extintos** os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a **integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados**, respeitadas a antiguidade e classe de origem.
> Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual”.

No tocante ao Estado de São Paulo, Roberto Solimene anota, em interessante e completo estudo, que “... Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em 29 de dezembro, publicou a **Resolução n. 194/2004**, cujo artigo 1.º

declarou integrados no Tribunal de Justiça ‘os Juízes dos extintos Tribunais de Alçada’, ‘no cargo de Desembargador, mediante apostilamento dos títulos’, ato este posterior, veiculado no *Diário Oficial da Justiça* de 5 de janeiro de 2005 (p. 3), sem prejuízo da remessa de projeto de lei à Assembleia Legislativa, em que também se indicava a necessidade de criação de 22 novos cargos de desembargador, mais 836 cargos de assistentes jurídicos e 28 de escreventes, com o fito de dar imediata vazão dos 195.475 processos que aguardavam distribuição no TJ e 289.003 nas casas extintas”.[144]

Em relevante crítica, o autor observa que, “de acordo com o artigo 3.º, da já mencionada Resolução n. 194/2004, haverá concurso de remoção interna dos atuais desembargadores paulistas e somente depois é que os Juízes dos Tribunais extintos escolherão as Câmaras que passarão a integrar, sendo plausível a chance de alguém, que ao longo de muitos anos trabalhou com determinada matéria, passar a julgar processos, daqui por diante, de outra completamente diferente (...). Desperdício de conhecimento e dificuldades de adaptação, afirmam muitos”.[145]

Resta aguardar. Parece-nos que, apesar do “gigantismo” em que se transforma a estrutura do Tribunal de Justiça de São Paulo, a reforma é bem-vinda. E vejam que interessante: as necessidades que justificaram e motivaram o surgimento dos Tribunais de Alçada — *agilização da prestação jurisdicional, desafogamento dos Tribunais de Justiça, eficácia na distribuição da Justiça* — são as mesmas para a sua extinção. No mínimo curioso... mas deixamos isso de lado!

■ 11.16.4. A EC n. 8/99 à Constituição do Estado de São Paulo

Apenas a título de recordação para as provas, mais especificamente no Estado de São Paulo, cabe lembrar que a EC n. 8, de 20.05.1999, alterando a Constituição do Estado de São Paulo, unificou os Tribunais paulistas, elevando os Juízes de Alçada ao cargo de Desembargadores. Fez surgir, então, um grande e único Tribunal, o **Tribunal de Justiça** (sendo os Tribunais de Alçada transformados em seções do Tribunal de Justiça), com uma nova estrutura de quase 400 Desembargadores.

No entanto, foi “deferida medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República para suspender, até decisão final da ação, a eficácia da Emenda à Constituição do Estado de São Paulo n. 8/99, promulgada pela Mesa da Assembleia Legislativa... O Tribunal, por maioria, considerou relevante a arguição de inconstitucionalidade, dado que compete privativamente aos Tribunais de Justiça a iniciativa de propor ao Poder Legislativo respectivo as leis de criação ou extinção dos tribunais inferiores e de alteração da organização

judiciária (CF, art. 96, II). Salientou-se, também, que a referida EC n. 8/99 violou aparentemente a norma constitucional que determina que o acesso aos tribunais de segundo grau será feito pelo critério de antiguidade e merecimento, alternativamente (CF, art. 93, III). O Min. Sepúlveda Pertence, sem se comprometer com a tese de inconstitucionalidade, também deferiu a liminar. Vencido o Min. Marco Aurélio, que indeferiu o pedido de liminar, por entender que inexiste na CF princípio que vede essa iniciativa dos Estados”.[146]

Toda essa discussão, certamente, fica superada com a **EC n. 45/2004**. Isso porque prevalece o entendimento no STF de que, se ocorrer alteração no **parâmetro constitucional invocado**, e já proposta a ADI, esta deverá ser julgada prejudicada em razão da perda superveniente de seu objeto.

Em 05.05.2005, apesar de ser possível o exame da ação no que concerne à sua regularidade formal (vício formal de iniciativa), já que o texto de 1988 não foi alterado nesse aspecto, o relator julgou prejudicado o pedido da ADI tendo em vista a inexistência de qualquer utilidade prática em razão da superveniência da EC n. 45/2004, que extinguiu os Tribunais de Alçada.

■ 11.17. CENTRAL DO CIDADÃO

Na Presidência do Min. Gilmar Mendes, foi criada, nos termos da *Res. n. 361, de 21.05.2008*, a **Central do Cidadão**, representando importante medida em termos de acesso à justiça e à democracia, constituindo importante instrumento de aproximação entre o Judiciário e o povo e, assim, buscando desmistificar a “imagem” do Judiciário, além de, acima de tudo, servir como importante canal de comunicação.

Nos termos do art. 2.º da referida Resolução, “a missão da Central do Cidadão é servir de canal de comunicação direta entre o cidadão e o STF, com vistas a orientar e transmitir informações sobre o funcionamento do Tribunal, promover ações que visem à melhoria contínua do atendimento às demandas, colaborar na tomada de decisão destinada a simplificar e modernizar os processos de entrega da Justiça, ampliando seu alcance, bem como elevar os padrões de transparência, presteza e segurança das atividades desenvolvidas no Tribunal”.

A criação se implementa no **âmbito administrativo**, sendo que eventuais outras reclamações, sugestões e críticas referentes a outros órgãos do Poder Judiciário serão remetidas ao CNJ e, quando referentes a outros Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, aos respectivos órgãos, comunicando-se em qualquer hipótese o fato ao interessado.

Para se ter um exemplo prático de concretização desse importante canal

que vem sendo a Central do Cidadão, dentre as sugestões, críticas e manifestações que chegam ao STF, muitas foram de presidiários que acabaram sendo autuadas como pedido de *habeas corpus*.

Conforme noticiado, em 2009, a Central do Cidadão, "... recebeu 14.600 comunicações, acumulando mais de 31.000 contatos recebidos desde sua criação, em maio de 2008. Cerca de 27,29% dos *habeas corpus* autuados esse ano foram iniciados pela Central do Cidadão" (*Notícias STF* de 18.12.2009).

Posteriormente, em maio de 2010, aperfeiçoando e modernizando a *Central do Cidadão*, foi criada a **Central do Cidadão e Atendimento (CCA)**, tendo sido "... feito cerca de 22.608 atendimentos (solicitações, consultas, sugestões, reclamações, manifestações); ocorrências: são 1.800/mês, na sua grande maioria (34%) de presos que buscam orientação sobre progressão de regime ou auxílio de defensor público; HC: cerca de 20% ingressam pela Central — em 2010 foram 600 HCs; as respostas são dadas: pessoalmente, por e-mail, correspondência e por telefone. A demanda de 2010 cresceu cerca de 40% em relação a 2009, o que denota, sem dúvida, maior aproximação com a sociedade" (Relatório do presidente do STF, ministro Cezar Peluso, ao fazer o "balanço 2010" — cf. *Notícias STF*, de 17.12.2010).

Portanto, bem-vinda a iniciativa, implementando-se, assim, instrumentos para o desenvolvimento da cidadania.

■ 11.18. QUESTÕES

1. (Magistratura/SP/171.º) Analise as afirmações abaixo:

I. O Magistrado só poderá exercer uma função no Magistério se estiver em disponibilidade.
II. Desde seu ingresso na carreira, o Magistrado só poderá perder seu cargo por sentença judicial transitada em julgado.
III. Somente poderão ingressar no STF os Ministros que exerceram durante dois anos suas funções no STJ.
IV. Os Tribunais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, pelo voto da maioria de seus membros ou dos membros do seu órgão especial.

Pode-se afirmar que:
a) todas as afirmações estão incorretas;
b) todas as afirmações estão corretas;
c) apenas as afirmações I e II estão corretas;
d) apenas a afirmação III está correta.

Resposta: "a". A afirmação "I" está errada porque para exercer a função de magistério não é necessário que esteja em disponibilidade (art. 95, parágrafo único, I); "II" — o erro está no fato de o magistrado, durante o estágio

probatório (nos dois primeiros anos), poder perder o cargo por deliberação do tribunal a que estiver vinculado; “III” — o art. 101 não prevê o requisito de exercício de funções previamente no STJ; “IV” — a declaração de inconstitucionalidade dar-se-á pelo voto da *maioria absoluta* e não somente simples, como aludido na questão (cf. art. 97).

2. (OAB/SP/107.º) Em relação às garantias da magistratura, é correto afirmar que:

a) a vitaliciedade é sempre adquirida pelos magistrados após dois anos de exercício no cargo;
b) a inamovibilidade pode ser afastada por motivo de interesse público;
c) a irredutibilidade de subsídio torna os juízes imunes à tributação por meio do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza;
d) a vitaliciedade impede definitivamente a perda do cargo pelos juízes.

Resposta: “b”. Cf. art. 95, II, combinado com o art. 93, VIII. No exame 115.º houve questionamento idêntico a este. Isso mostra ser extremamente importante completar o estudo teórico com a análise dos testes. O candidato que tivesse analisado essa questão do exame 107.º da OAB certamente já teria um ponto garantido!!! E não podemos esquecer que, pela EC n. 45/2004, o reconhecimento do interesse público, nos termos do art. 93, VIII, dá-se, por meio do *quorum* de maioria absoluta e não mais 2/3!

3. (OAB/SP/109.º) Projeto de iniciativa do Tribunal de Justiça estadual recebeu emenda parlamentar para atribuir remuneração aos Juízes de Paz, matéria não contemplada no projeto original. A emenda:

a) funda-se na competência do Poder Legislativo para dispor sobre fixação de remuneração de servidores;
b) viola a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário;
c) terá que ser autorizada pelo Tribunal de Justiça;
d) tem fundamento constitucional, porque a justiça de paz não se insere no quadro da magistratura.

Resposta: “b”. Cf. arts. 2.º, 96, II, “b”, 63, II (c/c art. 25), 99 e 169.

4. (Magistratura/SP/172.º) Os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são processados e julgados, originariamente:

a) pelo STJ, nos crimes comuns, e pelos Tribunais de Justiça a que pertençam, nos crimes de responsabilidade;
b) pelo STF, nos crimes de responsabilidade, e pelo STJ, nos crimes comuns;
c) pelo STJ, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
d) pelo STF, tanto nos crimes comuns, como nos de responsabilidade.

Resposta: “c”. Cf. art. 105, I, “a” (*vide* sistematização sobre competência para

processar e julgar crimes de responsabilidade no *item10.4.15*).

5. (MP/78.º/SP) A ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados:

a) será conhecida e julgada pelo STJ;
b) será conhecida e julgada pelo Senado Federal;
c) não será conhecida, pela suspensão que decorre do envolvimento dos julgadores;
d) será conhecida e julgada pelo Conselho da República;
e) será conhecida e julgada pelo STF.

Resposta: “e”. Art. 102, I, “n”.

6. (Magistratura/SP/171.º) A escolha e a nomeação do advogado para compor o quinto constitucional é da competência:

a) da Ordem dos Advogados, exclusivamente;
b) do Poder Executivo e do Poder Judiciário;
c) da Ordem dos Advogados, do Poder Judiciário e do Poder Executivo;
d) do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Resposta: “c”. Cf. art. 94 da CF/88.

7. (AFC/CGU/ESAF/2008) Assinale a única opção incorreta relativa ao Poder Judiciário.

a) São órgãos do Poder Judiciário os Tribunais e Juízes Eleitorais, inclusive as Juntas Eleitorais.
b) São órgãos do Poder Judiciário os Tribunais e Juízes Militares, inclusive o Tribunal Marítimo.
c) A participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados constitui etapa obrigatória do processo de vitaliciamento do juiz.
d) A lei pode limitar a presença, em determinados atos dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive julgamentos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.
e) As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, inclusive as disciplinares, que também devem ser tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Resposta: “b”. Cf. arts. 92 e 93, CF/88, sendo que não há a previsão no art. 92 de “tribunais marítimos”.

8. (AGU — CESPE/UnB — 2010) Com relação às competências do STF, do STJ e da justiça federal, julgue os itens seguintes:

O STF reconhece sua competência originária para julgar ação judicial tendo como partes entidade da administração indireta federal, de um lado, e estado-membro, de outro, na hipótese de discussão acerca de imunidade

recíproca.

Resposta: "certo". Art. 102, I, "f".

9. (Analista Administrativo MPU — CESPE/UnB — 2010) Julgue os itens a seguir, referentes ao Poder Judiciário e às funções essenciais à justiça:

De acordo com a CF, compete aos juízes federais processar e julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvadas as competências da justiça militar e da justiça eleitoral.

Resposta: "certo". Art. 109, IV. Como se percebe, a prova exigia o conhecimento da "letra da lei"; portanto, insistimos, memorizem as competências dos Tribunais, previstas nos arts. 102 (STF), 105 (STJ), 108 (TRF), 109 (Juízes Federais), 114 (Justiça do Trabalho) etc., bem como do CNJ (art. 103-B, § 4.º, I-VII e § 5.º, I-III) e do CNMP (art. 130-A, § 2.º, I-V e § 3.º, I-III).

10. (Analista do MPSE — Área Direito — FCC — 2010) Dentre outras, é competência do Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar originariamente:

a) os *habeas data* e os mandados de segurança contra ato de Ministros de Estado ou do próprio Tribunal.
b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados.
c) as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais quando a decisão recorrida contrariar lei federal.
d) o *habeas data* e o mandado de injunção contra ato do Procurador-Geral da República.
e) os mandados de segurança e de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se concessiva a decisão.

Resposta: "a". Art. 105, I, "b". A letra "b" de fato estabelece competência do STJ, conforme art. 105, II, "b". Contudo, além de ter faltado a especificação de que o julgamento seria apenas na hipótese de ser denegatória a decisão, não se trata de julgamento originário (como pede a questão), mas de julgamento em sede de recurso ordinário. No mesmo sentido, a letra "c" não estabelece competência originária, mas hipótese de recurso especial (art. 105, III, "a"). A letra "d" está errada porque, muito embora, de fato, a competência para o julgamento de MI contra ato (omissivo) do PGR seja do STJ (art. 105, I, "h", e *MI 2-QO*, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 13.10.88, Plenário, *DJ* de 24.02.1989); a competência para o julgamento de *habeas data* contra ato do PGR é do STF (art. 102, I, "d"), e não do *STJ*. Finalmente, a letra "e" está errada por 2 motivos: a) primeiro, a competência para julgamento de MS e MI decidido em

única instância pelos Tribunais Superiores seria do STF; b) segundo, nessa hipótese, deveria ser denegatória a decisão (art. 102, II, "a").

11. (Analista Judiciário TRT 9.ª R. — Administrativa — FCC — 2010) Considerando o Superior Tribunal de Justiça, é certo que:

a) julga, em recurso especial, a extradição solicitada por Estado estrangeiro.
b) compõe-se de, no mínimo, vinte e sete Ministros, que serão nomeados pelo Presidente da República.
c) processa e julga, originariamente, o habeas data contra ato do Comandante do Exército.
d) tem a iniciativa da ação declaratória de constitucionalidade.
e) funcionará junto a essa Corte o Conselho Nacional de Justiça.

Resposta: "c". Art. 105, I, "b".

12. (Analista Processual MPU — CESPE/UnB — 2010) No Estado brasileiro, a atuação dos três poderes dá-se de forma harmônica, mas complementar. Acerca dos poderes, do seu funcionamento e dos respectivos integrantes, julgue o item subsequente:

Os Tribunais Regionais Federais podem funcionar de forma descentralizada, constituindo Câmaras regionais, como forma de assegurar a plenitude do acesso à justiça.

Resposta: "certo". Art. 107, § 3.º.

13. (Técnico Judiciário do TJ/MG — 2010) Em face da existência do Tribunal de Justiça Militar em Minas Gerais, é CORRETO afirmar que:

a) se compõe integralmente por oficiais militares.
b) o efetivo militar do Estado é superior a vinte mil integrantes.
c) o Tribunal tem competência para julgar recursos envolvendo as polícias das forças armadas.
d) sua existência decorreu da extinção do Tribunal de Alçada.

Resposta: "b". Art. 125, § 3.º. A letra "a" está errada, na medida em que, conforme visto na parte teórica, o julgamento na Justiça Militar é marcado pelo escabinato, ou seja, o julgamento é por um colegiado formado por 1 juiz togado e 4 juízes leigos, no caso, por Oficiais Militares e, assim, o TJ não se compõe integralmente por oficiais militares. A letra "c" está errada, na medida em que o julgamento das forças armadas — Marinha, Exército e Aeronáutica — se dá pela Justiça Militar da União, e não pela Justiça Militar Estadual. Esta tem competência para o julgamento dos militares estaduais, não julgando civis (diferentemente da Justiça Militar da União, que tem competência para, nas hipóteses previstas em lei, julgar civis — *vide* parte teórica). Finalmente, a letra "d" está errada, pois não há qualquer relação entre a extinção de Tribunal de Alçada e a Justiça Militar.

14. (Adv. Petrobras/CESGRANRIO-2008) O controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes é competência constitucionalmente atribuída ao:

a) Tribunal de Contas da União.
b) Supremo Tribunal Federal.
c) Superior Tribunal de Justiça.
d) Conselho Nacional de Justiça.
e) Conselho da Justiça Federal.

Resposta: "d". Art. 103-B, § 4.º, da CF/88.

15. (TJSE/CESPE-UnB/2008) Assinale a opção correta quanto ao CNJ:

a) O CNJ pode, apenas mediante provocação em sede recursal, rever os processos disciplinares de juízes julgados há menos de um ano.
b) O poder de fiscalização do CNJ alcança, além dos magistrados, os serviços auxiliares e até serviços notariais e de registro.
c) O CNJ não é órgão do Poder Judiciário porque, em sua composição, há indicação de membro do Ministério Público da União, de advogados indicados pela OAB e de dois cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.
d) Compete ao ministro do STF, que integra o CNJ, o exercício das funções de corregedor.
e) O procurador-geral da República e o presidente da OAB são membros natos do CNJ.

Resposta: "b". Art. 103-B, § 4.º, III, da CF/88.

16. (OAB-SP/CESPE/UnB/2008/135.º) O Conselho Nacional de Justiça:

a) não integra o Poder Judiciário.
b) tem seus atos sujeitos a controle apenas no STF.
c) ainda não teve a constitucionalidade da sua instituição apreciada pelo STF.
d) exerce função jurisdicional em todo o território nacional.

Resposta: "b". A letra "a" está errada por violar o art. 92, I-A. A letra "c" é falsa, pois a instituição do CNJ, conforme vimos na parte teórica, já foi reconhecida pelo STF como constitucional (ADI 3.367). Por fim, a "d" é errada, pois o CNJ não exerce função jurisdicional, mas, conforme visto, meramente administrativa.

17. (PGE-CE/CESPE/UnB-2008) No referente ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assinale a opção correta:

a) O CNJ é órgão do Poder Judiciário com poder jurisdicional em todo o território nacional.
b) As decisões do CNJ fazem coisa julgada formal e material.
c) Ao CNJ cabe rever, em grau de recurso, as decisões jurisdicionais dos

membros do Poder Judiciário.
d) Os atos do CNJ estão sujeitos ao controle jurisdicional do STF.
e) Nos crimes de responsabilidade, os membros do CNJ são julgados perante o STF.

Resposta: "d". Conforme estudado na parte teórica, o CNJ é órgão de natureza exclusivamente administrativa, com atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Portanto, errada a letra "a". A letra "b" está errada, pois as decisões do CNJ podem ser revistas pelo STF (art. 102, I, "r"). Assim, errada a letra "b" e correta a letra "d". O CNJ não é órgão recursal (no âmbito jurisdicional). Por fim, os membros do CNJ são julgados pelo Senado Federal no caso de crime de responsabilidade (art. 52, II).

18. (Procurador do MP junto ao TCE/RO — FCC/2010) O Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

a) é órgão fiscalizador da atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário e dos órgãos que desempenham funções essenciais à Justiça previstos na Constituição.
b) não integra a estrutura do Poder Judiciário para que possa exercer, com isenção, a atividade de controle externo das atividades jurisdicionais.
c) é composto por quinze membros, com mandato de quatro anos, não admitida a recondução, sendo o seu Presidente o mesmo do STF.
d) é integrado por conselheiros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Congresso Nacional.
e) tem competência para apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.

Resposta: "e". Art. 103-B, § 4.º, II. A letra "a" está errada, pois a atuação do CNJ se dá em relação ao Poder Judiciário, e não sobre os órgãos que desempenham funções essenciais à Justiça, que têm controle próprio, como o CNMP (*Ministério Público*), a OAB (*Advocacia*) etc. A letra "b" está errada, pois o CNJ é órgão do Poder Judiciário, nos termos do art. 92, I-A. A letra "c" está errada, pois o mandato dos membros do CNJ é de 2 anos, admitida uma recondução (art. 103-B, *caput*). A letra "d" está errada, na medida em que a sabatina dos Conselheiros (exceto do Presidente do CNJ, que é membro nato e, portanto, não é sabatinado) se implementa pela maioria absoluta do SF, e não do CN (art. 103-B, § 2.º).

19. (Exame da OAB Unificado 2010.2 — FGV) A respeito do Conselho Nacional de Justiça é correto afirmar que:

a) é órgão integrante do Poder Judiciário com competência administrativa e jurisdicional.
b) pode rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares

de juízes e membros de Tribunais julgados há menos de um ano.
c) seus atos sujeitam-se ao controle do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.
d) a presidência é exercida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal que o integra e que exerce o direito de voto em todas as deliberações submetidas àquele órgão.

Resposta: “b”. Art. 103-B, § 4.º, V. A letra “a” está errada, pois a competência do CNJ, conforme visto na parte teórica, restringe-se ao âmbito administrativo. A letra “c” está errada, pois o STJ não tem competência sobre os atos do CNJ. A competência é do STF (art. 102, I, “r”). A letra “d” está errada, pois, de acordo com a EC n. 61/2009, é membro do CNJ não o Ministro do STF, mas, sim, o Ministro Presidente do STF, na condição de membro nato.

20. (MPE/PR-2008) Analise as seguintes assertivas e assinale a alternativa correta:

I. o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão da maioria absoluta dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário;
II. compete ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;
III. funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e o Conselho da Justiça Federal;
IV. o Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada;
V. compete ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar, originariamente, os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União.

a) apenas as assertivas I, IV e V estão corretas;
b) apenas as assertivas I, II e IV estão corretas;
c) apenas as assertivas I, II e V estão corretas;
d) apenas as assertivas II, III e IV estão corretas;
e) apenas as assertivas II, III e V estão corretas.

Resposta: “e”.

21. (Analista Judiciário TRT 17.ª Região/ES UnB/CESPE — 2009) Conforme entendimento do STF, compete à Justiça do Trabalho

apreciar litígios instaurados contra entidades de previdência privada e relativos à complementação de aposentadoria, pensão ou de outros benefícios previdenciários, desde que a controvérsia jurídica resulte de obrigação oriunda de contrato de trabalho.

Resposta: "certa". O Min. Carlos Ayres Britto, no julgamento do CC 7.500 (12.09.2009), assim se manifestou: "... tenho que a competência, no caso, é da Justiça laboral. Digo isto porque, em verdade, se trata de controvérsia decorrente da relação de trabalho. Controvérsia que é de ser apreciada, então, pelo Juízo trabalhista (art. 114 da CF/88), dado que 'a Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social tem como objeto a concessão de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social por meio de planos para tal fim elaborados aos empregados da instituidora, podendo os referidos planos estender-se aos empregados de sociedade subsidiárias integrais, controladas ou coligadas da instituidora, bem como aos pertencentes à própria entidade e a outras fundações ou entidades de natureza autônoma organizadas pela instituidora Companhia Vale do Rio Doce...' (trecho do parecer de fls. 1.048). 6. Nesta mesma linha de orientação, foram proferidas as seguintes decisões singulares: CC 7.532, Ministra Cármem Lúcia; CC 7.382, Ministro Celso de Mello; CC 7.387, Ministro Ricardo Lewandowski; e CC 7.393, Ministro Gilmar Mendes".

22. (OAB 137ª CESPE/UnB — 2009) De acordo com dispositivo constitucional vigente, a súmula com efeito vinculante:

a) será editada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), para a correta interpretação de lei federal.
b) será editada por qualquer tribunal, quando houver reiteradas decisões que recomendem a uniformização do entendimento pelos juízes de primeiro grau.
c) será editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.
d) será editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para o aprimoramento das rotinas administrativas dos órgãos do Poder Judiciário.

Resposta: "c". Art. 103-A da CF/88.

23. (MP/MA — 2009) No tocante à "súmula vinculante":

a) podem editá-la o STF e STJ, mediante aprovação de dois terços de seus membros, e ao seu conteúdo estarão vinculados não só os órgãos do Poder Judiciário como também os da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal;
b) pode editá-la apenas o STF, mediante aprovação de dois terços (2/3) de seus membros e ao seu conteúdo também estará vinculada a administração pública direta e indireta;
c) pode editá-la apenas o STJ, mediante aprovação de dois terços de seus

membros e ao seu conteúdo estarão vinculados apenas os órgãos do Poder Judiciário.

d) podem editá-la o STF e o STJ, mediante aprovação da maioria absoluta de seus membros e ao seu conteúdo estarão vinculados os órgãos do Poder Judiciário;

e) pode ser editada pelo STF, mediante aprovação da maioria absoluta de seus membros.

Resposta: "b". Art. 103-A da CF/88.

24. (Exame da OAB Unificado 2010.2 — FGV) Em relação à inovação da ordem constitucional que instituiu a nominada Súmula Vinculante, é correto afirmar que:

a) somente os Tribunais Superiores podem editá-la.

b) podem ser canceladas, mas vedada a mera revisão.

c) a proposta para edição da Súmula pode ser provocada pelos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

d) desde que haja reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, aprovar a Súmula mediante decisão da maioria absoluta de seus membros.

Resposta: "c". Art. 103-A, § 2.º. A letra "a" está errada, pois a súmula vinculante só poderá ser editada pelo STF. A letra "b" está errada, pois, segundo o art. 103-A, § 2.º, poderá ser revista. Aliás, importante previsão para a hipótese de a *SV* se tornar desatualizada. A letra "d" está errada, na medida em que o *quorum* qualificado para a edição de *SV* é de 2/3 (art. 103-A, *caput*).

25. (Procurador Jurídico da USP/FUVEST — 2011) Sobre as súmulas vinculantes, considere as assertivas abaixo:

I. Em razão de constituir provimento normativo, é a súmula vinculante dotada de caráter geral e abstrato, produzindo eficácia contra todos e efeito vinculante, que autorizam, inclusive, a condenação por litigância de má-fé de particular que tenha ajuizado, após a edição do enunciado sumular, ação manifestamente contrária aos seus termos.

II. O deferimento de reclamação proposta perante o Supremo Tribunal Federal em face de violação de súmula vinculante autoriza a responsabilização pessoal de agente administrativo que, em suas futuras decisões, mantenha interpretação divergente nos processos administrativos de sua competência.

III. Segundo orientação dominante no Supremo Tribunal Federal, é vedado conferir efeito vinculante a enunciado sumular voltado a especificar elementos que integram determinado tipo penal, pois não se trata de matéria constitucional, mas de questão vinculada à mera interpretação de lei.

Está correto apenas o que se afirma em:

a) I.

b) I e III.
c) II.
d) I e II.
e) III.

Resposta: “c”.

26. (6.º Concurso Público de Outorga de Delegações de Notas e de Registro/TJSP — 2009) É integrante do Poder Judiciário o:

a) Tribunal de Contas.
b) Juiz Militar.
c) Juiz de Paz.
d) Ministro da Justiça.

Resposta: “b”.

27. (Oficial de Justiça SP/VUNESP — 2009) A competência dos Tribunais dos Estados será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do:

a) Tribunal de Justiça.
b) Governador do Estado.
c) Legislativo Estadual.
d) Supremo Tribunal Federal.
e) Superior Tribunal de Justiça.

Resposta: “a”. Art. 125, § 1.º, da CF/88.

28. (Procurador do Estado/AM/FCC/2010) A Constituição Federal, ao disciplinar o regime dos precatórios judiciais, determina que:

a) as condenações judiciais de natureza alimentar não estão sujeitas a pagamento por precatório, qualquer que seja seu valor.
b) as condenações judiciais em favor de pessoas com mais de sessenta anos não estão sujeitas a pagamento por precatório, qualquer que seja seu valor.
c) é vedado o fracionamento do valor do precatório em qualquer hipótese.
d) o credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor.
e) é vedada a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federativo.

Resposta: “d”. Art. 100, § 13. A letra “a” está errada, já que, por regra, também, os débitos de natureza alimentar devem ser pagos por precatório, conforme, inclusive, S. 655/STF. As letras “b” e “c” estão erradas por violarem o art. 100, § 2.º. A letra “e” está errada por violar o art. 100, § 11, que admite, nos seus termos, a entrega de precatórios.

29. (Analista Judiciário — TJ/PE — FCC/2012) Hércules, Presidente do

Tribunal de Justiça, visando beneficiar seu filho Abrão, burlou a ordem cronológica e retardou a liquidação regular do precatório de Otávio. Nesse caso, Hércules incorreu em:

a) ilícito administrativo e responderá perante a Assembleia Legislativa do respectivo Estado.
b) ilícito administrativo e responderá perante a Corregedoria do respectivo Tribunal.
c) crime comum e responderá perante o Órgão Especial do respectivo Tribunal.
d) crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.
e) crime comum e responderá perante a Assembleia Legislativa do respectivo Estado.

Resposta: “d”, nos termos da literalidade do art. 100, § 7.º, CF/88. Assim, não deixem de estudar, também, a “letra da lei”.

30. (Técnico Judiciário — TRT11 — Área Administrativa — FCC/2012) Paulo é Juiz do Trabalho em certa comarca. Xisto é Juiz de um Tribunal Regional do Trabalho de determinada região. Para Paulo e Xisto comporem o Conselho Nacional de Justiça, nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, eles deverão ser indicados:

a) pelo Presidente do Senado Federal.
b) pela maioria absoluta de todos os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil.
c) pelo Supremo Tribunal Federal.
d) pelo Tribunal Superior do Trabalho.
e) pelo Congresso Nacional.

Resposta: “d”. Confira quadro no *item 11.13.1*.

31. (Auditor Fiscal da Receita Estadual — SEFAZ-RJ — FGV/2011) As sucessivas reformas da Constituição atingiram a estrutura do Poder Judiciário nacional. No curso do debate, houve acerba campanha, inclusive da OAB, pela instituição do controle externo da atuação dos juízes. Após os debates, surgiram os novos órgãos: Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Nessa linha, é correto afirmar que:

a) o CNJ exerce o controle externo da atividade do Poder Judiciário.
b) os dois Conselhos referidos integram a estrutura do Poder Judiciário.
c) é órgão integrante do Poder Judiciário o CNJ, exercendo controle interno.
d) o CNMP exerce a atividade de controle externo do Poder Judiciário.
e) o Poder Judiciário não possui controle administrativo interno previsto.

Resposta: “c”.

32. (Analista Judiciário — Execução de Mandados — STM — CESPE/UnB/2011) O CNJ é órgão administrativo do Poder Judiciário ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira desse poder, e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, estabelecendo constitucionalmente, porém de forma exemplificativa, suas mais importantes atribuições, que poderão ser acrescidas pelo Estatuto da Magistratura.

Resposta: “certo”. Art. 103-B, § 4.º, CF/88.

33. (Magistratura/SP — VUNESP/2011) Sobre o Conselho Nacional de Justiça, é correto afirmar que:

a) se compõe de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução.
b) será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, sendo os demais membros do Conselho nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pela maioria absoluta do Senado Federal.
c) receberá e conhecerá das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, todavia não lhe competindo, entre as sanções possíveis, a aplicação da pena de disponibilidade.
d) terá seus membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados.
e) o Ministro do Superior Tribunal de Justiça que compuser o órgão exercerá a função de Ministro-Corregedor, sem prejuízo de suas normais atribuições no tribunal de origem.

Resposta: “b”. Art. 103-B, *caput*, na redação dada pela EC n. 61/2009.

34. (Procurador da AL/ES — CESPE/UnB/2011) Assinale a opção correta no que concerne ao Poder Judiciário:

a) Compete ao Presidente da República nomear todos os membros do CNJ após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.
b) O STF deverá extinguir o feito quando reconhecer sua incompetência para processar e julgar a demanda.
c) Compete ao STF julgar as ações populares ajuizadas contra o Presidente da República.
d) A garantia da vitaliciedade admite relativização, já que os ministros do STF podem perder o cargo em virtude de condenação por crime de responsabilidade, mediante decisão do Senado Federal, sem a necessidade de decisão transitada em julgado emanada do Poder

Judiciário.

e) O CNJ é órgão do Poder Judiciário desprovido de função jurisdicional cujas competências constam de rol taxativo previsto na CF.

Resposta: “d”. Art. 52, II, CF/88.

[1] Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 129.

[2]“Art. 5.º, XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Lembramos que no tocante à **jurisdição voluntária** a doutrina costuma observar que o Estado realiza a **administração pública de interesses privados**. Cintra, Grinover e Dinamarco entendem que, mesmo na jurisdição voluntária, na medida em que se busca a eliminação de situações incertas, bem como em face do procedimento verificado (através de petição, resposta, sentença, apelação...), a doutrina mais moderna vem tendendo a afirmar uma tal natureza jurisdicional (*Teoria geral do processo*, p. 156).

[3] Existem algumas exceções a essa regra geral, como a possibilidade de concessão do *habeas corpus* de ofício pelo magistrado (art. 654, § 2.º, do CPP).

[4] Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, Revista dos Tribunais, 2003, p. 295-296.

[5] Por isso é que, como alerta Dinamarco, “... se de um lado no Estado Moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de **legalidade**. Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do *due process of law*, que representa penhor de segurança aos litigantes. É claro que, com certas atitudes menos ortodoxas ou despegadas do texto da lei, o juiz acaba por endereçar os fatos a resultados que não seriam atingidos se sua postura fosse outra e que não costumavam sê-lo antes das inovações que ele põe em prática. São atitudes marcadamente instrumentalistas, das quais significativo exemplo é a já referida *desconsideração da pessoa jurídica*...”. O juiz “... age como canal de comunicação entre a nação e o processo e... quando inovar por conta própria, *contra legem* ou fora dos limites tolerados, ele estará agindo sem fidelidade aos objetivos de sua missão e o que pretender impor carecerá de licitude ou mesmo de legitimidade” (C. R. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 200 — original sem grifos).

[6] Na perspectiva da **teoria geral do processo**, destacam-se alguns dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado: ***a*) direito processual do trabalho:** art. 765

da CLT; ***b*) direito processual penal:** arts. 155, 156, 157, 168, 180, 182, 196, 201, 209, 234, 241, 242, 425, todos do CPP etc.

[7] Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 291-292. Obs.: os artigos citados referem-se ao *Código de Processo Civil*.

[8] "Art. 5.º, XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", combinado com o art. 5.º, XXXV — "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

[9] Texto originalmente publicado em Comunidadejuridica.com: informativo eletrônico do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, São Paulo, ano II, n. 31, fev. 2005, Seção artigos.

[10] Logo após a aprovação da Reforma, vários *sites*, inclusive o do Senado Federal, divulgaram o que chamaram de Pareceres ns. 1.747 e 1.748/2004 da CCJC. O primeiro fixava a redação da EC n. 45 que seria promulgada e publicada e o segundo foi o projeto que retornou à Câmara. Alguns trabalhos utilizaram aquele texto disponível (o único à época). Acontece que, em virtude de entendimentos entre as Casas, foram procedidos ajustes nos dois pareceres, remanejando-se dispositivos daquele de n. 1.747 para o de n. 1.748, que voltou para a CD. Assim, peço que o ilustre colega **tome muito cuidado** com o estudo, destacando-se que, em razão da referida republicação (*DSF*, 09.12.2004, p. 41569-83), foram transferidos para a CD (na PEC n. **358/05-CD**) os seguintes dispositivos constitucionais: arts. 93, III; 102, I, "a"; 102, § 2.º; 104, parágrafo único, I; 107, *caput*; 114, I; 115, *caput*; 125, § 8.º; 103-B, VI e VIII; 111-A, II e § 1.º; e 130-A, § 2.º, IV. Para estudar somente a EC podem acessar o *site* **<www.planalto.gov.br>**, e cuidado para não ler o texto antigo! Qualquer coisa estou à disposição: <pedrolenza@terra.com.br>.

[11] Muito cuidado em relação ao controle de constitucionalidade, pois, conforme já alertamos, o texto primeiramente publicado sobre a reforma, inclusive no *site* do Senado Federal, ampliava o objeto da ADC, fazendo incluir, além da lei federal, a lei estadual. Essa regra não foi aprovada e, em razão da republicação dos pareceres (*DSF* de 09.12.2004, p. 41569-83), foi transferida para a CD (na PEC n. **358/05-CD** — "PEC Paralela do Judiciário"). Assim, o único objeto de ADC continua sendo a lei federal, nos termos do art. 102, I, "a", não alterado, apesar da modificação do art. 102, § 2.º.

[12]*DJ* de 10.11.2006 — Ata n. 37/2006. Cf. *Infs. 422* e *423/STF*.

[13] José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, Poder Judiciário: estatuto da magistratura, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, p. 129.

[14] A prática de “atividade jurídica” nos concursos, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, p. 155.

[15]*A inconstitucionalidade do critério de prática de atividade jurídica para concurso público*, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jun. 2004. Disponível em: <http://cjdj.damasio.com.br/?page_name=art_026_2004&category_id=32>.

[16] Cf., anteriormente, MS 25.489 (*Notícias STF*, 24.08.2005).

[17] MS 26.668/DF; MS 26.673/DF; MS 26.810/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 15.04.2009 (*Inf. 542/STF*): “Concurso público para cargo de técnico de provimento de apoio. Exigência de 3 anos de habilitação. Inexistência de previsão constitucional. Segurança concedida. O que importa para o cumprimento da finalidade da lei é a existência da habilitação plena no ato da posse. A exigência de habilitação para o exercício do cargo objeto do certame dar-se-á no ato da **posse** e não da inscrição do concurso”. Nesse sentido, o **Decreto n. 6.944, de 21.08.2009**, que estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispondo sobre normas gerais relativas a concursos públicos, em seu art. 19, parágrafo único, determina que a escolaridade mínima e a experiência profissional, quando exigidas, deverão ser comprovadas no ato de **posse** no cargo ou emprego, vedada a exigência de comprovação no ato de inscrição no concurso público ou em qualquer de suas etapas, ressalvado o disposto em legislação específica.

[18]Os precedentes selecionados são, até o momento, das provas para o MP, o que, sem dúvida, pode servir de orientação para as provas da Magistratura.

[19] Percebam que a votação é de 17.12.2007. Em discussão mais recente, em *obter dictum* (comentário de passagem, na fundamentação), o Ministro Cezar Peluso chega a sugerir que ser o cargo privativo de bacharel em direito não seria condição suficiente para o cumprimento do mandamento constitucional, dando como exemplo os cargos da Polícia Civil, de escrivão e de investigador, no Estado de São Paulo. O Ministro chega a sugerir a necessidade de uma análise não meramente objetiva do requisito, mas, em verdade, da essência da atividade desenvolvida. Pela leitura que fizemos, parece que o tema ainda não está firme no STF, tanto é que na ementa, em seu item 5, consta: “*Entendimento ainda não consolidado por esta Corte*”. Temos de aguardar decisões futuras, mas, de imediato, parece-nos de rigor extremamente excessivo essa suposta tendência (**MS 27.158-MC/QO**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.02.2008, *DJE* de 02.05.2008). Em **11.02.2009**, a Min. Ellen Gracie julgou **prejudicado** o pedido

formulado no referido *writ* pela perda superveniente de seu objeto (art. 21, IX, do *RISTF*), ante a negativa da liminar e o prosseguimento do concurso, que foi posteriormente homologado pelo Edital n. 42/2008, publicado no *DOU* de 13.11.2008.

[20] Cf. *Resolução CNJ n. 106*, de 06.04.2010, que dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2.º grau.

[21] Cf. a **Resolução CNJ n. 16, de 2 de junho de 2006**, estabelecendo critérios para a composição e eleição do Órgão Especial dos Tribunais e dando outras providências.

[22] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 502. Obs.: os parênteses foram acrescentados.

[23] Convém lembrar, ainda, a **independência jurídica dos juízes**, no sentido de os magistrados não se subordinarem hierarquicamente a qualquer órgão, no desempenho de suas funções. "... o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência. A *hierarquia de graus de jurisdição* nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior. A independência jurídica, porém, não exclui a atividade censória dos órgãos disciplinares da Magistratura sobre certos aspectos da conduta do juiz" (A. C. de A. Cintra; A. P. Grinover e C. R. Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 162).

[24] Essa matéria deverá ser aprofundada em direito administrativo, mas, desde já, adiantamos algumas regras: a **estabilidade dos servidores** nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público será adquirida após **3 anos** de efetivo exercício. Uma vez **estável**, o servidor público só perderá o cargo: *a*) em virtude de sentença judicial transitada em julgado; *b*) mediante **processo administrativo** em que lhe seja assegurada ampla defesa; e *c*) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. Convém reforçar que, na hipótese de **insuficiência de desempenho**, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo, sendo, é claro, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 41, § 1.º, I, II e III, c/c o art. 247 da CF/88).

[25]**Cuidado**, trata-se de regra nova, já que, antes da **EC n. 45/2004**, o *quorum* era de 2/3, e não maioria absoluta, e não se fixava tal competência ao CNJ, que foi criado pela *Reforma do Judiciário*.

[26] Essa garantia não é exclusiva dos magistrados, na medida em que o art. 37, XV, estabelece que o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são **irredutíveis**, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV do art. 37 e nos arts. 39, § 4.º; 150, II; 153, III; e 153, § 2.º, I. Aos membros do Ministério Público, como veremos, também foi assegurada a aludida garantia (art. 128, § 5.º, I, "c").

[27] Sobre o assunto, cf. *Notícias STF*, 28.02.2007 — 18h52, e *itens 11.10 e 22.3.2.2* deste estudo. O STF, em 08.10.2008, reconheceu conexão entre a **ADI 3.854** e a **ADI 4.014** e, portanto, determinou, na forma do art. 103 do CPC, a reunião dos feitos para tramitação e julgamento conjuntos. Em 03.06.2009, os autos voltaram da PGR com parecer favorável **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

[28] O subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a **95%** do subsídio mensal fixado para os Ministros do STF, e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e **escalonados**, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a **10%** ou inferior a **5%**, nem exceder a **95%** do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4.º.

[29] "Os impedimentos constitucionais dos juízes consistem em vedações que visam a dar-lhes melhores condições de imparcialidade, representando, assim, uma garantia para os litigantes" (A. C. Cintra, A. P. Grinover e C. R. Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 165).

[30]Cf. **Resolução CNJ n. 10/2005**, que veda o exercício, pelos integrantes do Poder Judiciário, de funções nos Tribunais de Justiça Desportiva e em suas Comissões Disciplinares (Lei n. 9.615, de 24.03.1998, arts. 52 e 53). Nesse sentido, o STF assim decidiu: "(...) A Resolução n. 10/2005, do Conselho Nacional de Justiça, consubstancia norma proibitiva, que incide, direta e imediatamente, no patrimônio dos bens juridicamente tutelados dos magistrados que desempenham funções na Justiça Desportiva e é caracterizada pela autoexecutoriedade, prescindindo da prática de qualquer outro ato administrativo para que as suas determinações operem efeitos imediatos na condição jurídico-funcional dos Impetrantes. Inaplicabilidade da Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal. As vedações formais impostas constitucionalmente aos magistrados objetivam, de um lado, **proteger o próprio Poder Judiciário**, de modo que seus integrantes sejam dotados de condições de total **independência** e, de outra parte, **garantir que os juízes dediquem-se, integralmente, às funções inerentes ao cargo**, proibindo que a dispersão com outras atividades deixe em menor valia e cuidado

o desempenho da atividade jurisdicional, que é função essencial do Estado e direito fundamental do jurisdicionado. O art. 95, parágrafo único, inc. I, da Constituição da República vinculou-se a uma proibição geral de acumulação do cargo de juiz com qualquer outro, de qualquer natureza ou feição, salvo uma de magistério" (MS 25.938, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.04.2008, *DJE* de 12.09.2008).

[31] Sobre o exercício de **atividades do magistério** pelos integrantes da magistratura nacional, cf. **Res. n. 34/2007** do CNJ.

[32] C. R. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 368.

[33]Lembramos que os Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, são competentes para a **conciliação**, o **julgamento** e a **execução** de **causas cíveis de menor complexidade** e **infrações penais de menor potencial ofensivo**, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Cf. a **Lei n. 9.099/95** sobre os juizados em âmbito estadual; a **Lei n. 10.259, de 12.07.2001**, que instituiu os **Juizados Especiais Cíveis e Criminais** no âmbito da Justiça Federal, regulamentando o art. 98, § 1.º, da CF/88 e, finalmente, a **Lei n. 12.153, de 22.12.2009**, que dispôs sobre os **Juizados Especiais da Fazenda Pública**.

[34] A **Justiça de Paz**, criada pela União, Distrito Federal, Territórios (quando surgirem) e Estados, será remunerada, composta de **cidadãos** eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de **4** anos e competência para, na forma da lei, **celebrar casamentos**, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o **processo de habilitação** e exercer **atribuições conciliatórias**, **sem caráter jurisdicional**, além de outras previstas na legislação. Conforme observou Bulos, "para ser juiz de paz não é necessário conhecimento jurídico, nem nível superior. Trata-se de um *juiz leigo,* não togado, podendo ser qualquer pessoa capaz, dotada de escrúpulo, maturidade e bom senso. Não gozam das garantias da magistratura (art. 95), sendo eleitos pelo voto direto, universal e secreto, dentre cidadãos domiciliados na área de atuação. O mandato é de quatro anos" (*Constituição Federal anotada,* p. 858). Sobre o assunto, cf. *item 11.11* deste estudo.

[35] O **art. 108 da LOMN** (LC n. 35/79) estabelece: "poderão ser criados nos Estados, mediante proposta dos respectivos Tribunais de Justiça, Tribunais inferiores de segunda instância, denominados **Tribunais de Alçada**, observados os seguintes requisitos...".

[36]De acordo com as profundas alterações trazidas pela **EC n. 24, de 09.12.1999** (*DOU* de 10.12.1999).

[37] Cabe alertar que o STF e o STJ não são órgãos da Justiça Militar Estadual. No entanto, poderão julgar, dependendo do assunto, recursos interpostos em face de acórdãos do TJ ou TJM (este quando instalado). Nesse sentido, o **STM não julgará matéria da Justiça Militar Estadual**, já que a sua competência está restrita à Justiça Militar Federal (enquanto instância recursal).

[38]De acordo com o art. 2.º da Lei n. 12.153/2009, com as **ressalvas** explicitadas (sugerimos uma leitura para as provas!), é de competência dos *Juizados Especiais da Fazenda Pública* processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de **60 salários mínimos**, podendo ser partes, como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

[39] Conforme desenvolvemos em seguida, a **Súmula 690** está **superada**, tendo em vista a tese fixada no julgamento do **HC 86.834**, que entende ser competente para o julgamento de HC contra ato de Turma Recursal de Juizado Especial o **TJ local**.

[40] A íntegra do voto do Ministro relator Marco Aurélio, no julgamento do *leading case* **HC 86.834**, pode ser encontrada em *Inf. 440/STF*.

[41]Cf. MS 25.982, Rel. Min. Eros Grau (*DJ* de 31.05.2006) e 24.205, Rel. Min. Ellen Gracie (*DJ* de 07.06.2002).

[42]Nesse sentido já se manifestou, em voto isolado, o Ministro Marco Aurélio no MS-QO 24.674, j. 04.12.2003, *DJ* de 26.03.2004, e no MS-QO 24.691, j. 04.12.2003, *DJ* de 24.06.2005.

[43] Muito embora o art. 92, I-A, da CF estabeleça ser o *CNJ — Conselho Nacional de Justiça* órgão do Poder Judiciário, na medida em que **não é dotado de qualquer competência jurisdicional**, não foi considerado para a elaboração do Organograma, devendo ser entendido, então, como órgão judiciário mas não jurisdicional, ou, ainda, como **órgão administrativo**, competindo ao Conselho o controle da atuação **administrativa** e **financeira** do Poder Judiciário e do cumprimento dos **deveres funcionais dos juízes**, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, aquelas disciplinadas no art. 103-B, § 4.º, I-VII, e que serão desenvolvidas no *item 11.13.4*.

[44] Importante lembrar que a Constituição garante pelo menos 1/5 dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Estados, Distrito Federal e Territórios. Assim, se o número total dos lugares não for múltiplo de 5, o STF posicionou-se no sentido de arredondar para cima, a fim de ter, de fato, e ao menos, 1/5 dos lugares para os juízes não oriundos da carreira.

[45] "Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, deu-se a extensão, aos **tribunais do trabalho**, da regra do 'quinto' constante do artigo 94 da Carta Federal" (ADI 3.490, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.12.2005, *DJ* de 07.04.2006).

[46] Nos termos do art. 1.º do *Provimento n. 102/2004* do Conselho Federal da OAB, a indicação de advogados para a lista sêxtupla a ser encaminhada aos Tribunais Judiciários (Constituição Federal, arts. 94; 104, parágrafo único, II; 107, I; 111-A, I; 115, I) é de competência do **Conselho Federal** e dos **Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil** (cf. art. 51 do *Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB*; arts. 54, XIII, e 58, XIV, da *Lei n. 8.906/94*).

[47] Em relação ao **MP Estadual**, a lista sêxtupla (para o TJ do Estado) é elaborada pelo **Conselho Superior do MP** (art. 15, I, da Lei n. 8.625/93), órgão formado, nos termos do art. 14, I e II, pelo **Procurador-Geral de Justiça** e pelo **Corregedor-Geral do Ministério Público** (como membros natos) e pelos **Procuradores de Justiça** (último grau da carreira — membros elegíveis) que não estejam afastados. Por outro lado, em relação ao **MP da União** (MPF, MP do Trabalho e MP do DF e Territórios — **excluindo-se o MP Militar**, já que a escolha para o STM se dá pelo Presidente da República — art. 123, CF/88), a lista sêxtupla será formada pelo **Colégio de Procuradores** (arts. 53, II; 94, III; e 162, III, da LC 75/93), que reúne **todos** os membros das respectivas carreiras do MPU em atividade, tornando, assim, muito mais **democrático** o processo de escolha. Por esse motivo, em **03.09.2008**, a *Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp)* ajuizou a **ADI 4.134**, buscando declarar inconstitucional o procedimento de formação da lista sêxtupla no âmbito estadual, já que, com muito menor legitimidade do que o processo de escolha no âmbito do MP da União. Parece ter razão a *Conamp* **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

[48]Nesse particular, o STF deferiu medida cautelar em ADI proposta pelo Governador do Estado de São Paulo para suspender, até decisão final, a eficácia da expressão "depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta da Assembleia Legislativa" contida no art. 63, parágrafo único, da CE/SP (cf. **ADI 4.150**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.10.2008, *Inf. 523/STF* — **matéria pendente de**

julgamento pelo STF).

[49] Gilmar Mendes, relator, fundamentado, dentre outros argumentos, no **"pensamento constitucional do possível"**, pondera: "... cumpre observar que, ao consagrar o critério da lista sêxtupla composta por procuradores que ainda não preenchiam o requisito temporal, no caso de falta de membros habilitados, a resolução referida atendeu a um outro valor, igualmente importante para o texto constitucional: o respeito à liberdade de escolha por parte do Tribunal e do próprio Poder Executivo. Do contrário, restaria prejudicado o equilíbrio que o texto constitucional pretendeu formular para o sistema de escolha: participação da classe na formação da lista sêxtupla; participação do Tribunal na escolha da lista tríplice e participação do Executivo na escolha de um dos nomes. A formação incompleta da lista sêxtupla ou até mesmo o envio de um ou dois nomes que preenchessem todos os requisitos constitucionais acabaria por afetar o modelo original concebido pelo constituinte, reduzindo ou eliminando a participação do Tribunal e do Executivo no processo de escolha" (***Inf. 306/STF***, 28.04 a 02.05.2003).

[50] Nesse sentido, cf., ainda, Rcl 5.413, Rel. Min. Menezes Direito, j. 10.04.2008, *DJE* de 23.05.2008.

[51] A. J. Ribas, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 121-122, apud Manoel Justino Bezerra Filho, *Súmulas do STF comentadas*, p. 34.

[52] José Afonso da Silva, já em 1963, propunha a criação de um "Tribunal Superior de Justiça", correspondente ao TSE e TST, atribuindo-lhe parcela da competência que era fixada para o STF (cf. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, p. 455-456). Em 1965, o tema foi discutido na FGV por diversos juristas, tendo sido a ideia adotada na Comissão Afonso Arinos por influência do Professor Miguel Reale. A Constituição, acolhendo a proposta, preferiu batizar o novo tribunal de "Superior Tribunal de Justiça", e não "Tribunal Superior de Justiça", coerentemente, já que, conforme dissemos, o STJ não pertence a qualquer Justiça, sendo, ao lado do STF, órgão de superposição.

[53]*Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*: texto elaborado pelo Ministro Celso de Mello com o apoio técnico da Secretaria de Documentação do STF, sob a direção de Maria Cristina Rodrigues Silvestre. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?
servico=publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade>.

[54]A título de curiosidade, meu **amigo e atento** leitor, e isso pode impressionar no exame oral (força e continue estudando!!!), o número de rejeições de nomes ao STF pelo Senado é muito pequeno. Conforme relata Celso de Mello, em interessante e curioso texto já destacado, "**na história republicana brasileira**, ao

longo de 114 anos (1889 a 2003), o **Senado Federal**, durante o governo Floriano Peixoto (1891 a 1894), **rejeitou cinco** (5) indicações presidenciais, **negando aprovação** a atos de nomeação, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, **das seguintes pessoas:** (1) Barata Ribeiro,

(2) Innocêncio Galvão de Queiroz, (3) Ewerton Quadros, (4) Antônio Sève Navarro e (5) Demosthenes da Silveira Lobo". Para se ter um comparativo, continua o ilustre Ministro, "... **nos Estados Unidos da América**, no período compreendido entre 1789 e 2003 (214 anos), o Senado norte-americano **rejeitou 12 (doze) indicações presidenciais** para a Suprema Corte americana" (cf. outras curiosidades in *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*, disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade>).

[55] Cf. Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, p. 868.

[56]Apenas alertamos que a alínea "*a*" do inciso I do art. 102 foi alterada pela EC n. 3/93. A alínea "*c*" do inciso I do art. 102 foi alterada pela EC n. 23/99, nos seguintes termos: "nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado **e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica**, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente". A alínea "*i*" foi alterada pela EC n. 22/99: "o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância".

[57] "A competência do STF — cujos fundamentos repousam na Constituição da República — submete-se a **regime de direito estrito**. A competência originária do STF, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional — e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida —, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o STF, por efeito da **taxatividade do rol constante da Carta Política**, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em

matéria penal (CF, art. 102, I, *b* e *c*), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, *d*). Precedentes" (Pet. 1.738-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.09.1999, *DJ* de 1.º.10.1999).

[58] Cf. AI 664.567-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.06.2007, *DJ* de 06.09.2007. No mesmo sentido: AI 702.088-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.10.2008, *DJE* de 21.11.2008.

[59] Para se ter um contraponto, o art. 111-A, I e II, estabelece que o **TST** será composto de 1/5 dentre advogados com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional e membros do MPT com mais de 10 anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94, e os demais, qual seja, os outros 4/5, dentre juízes dos TRTs, **oriundos da magistratura da carreira**, indicados pelo próprio Tribunal Superior. No caso do **STJ**, por outro lado e conforme visto, a Constituição não fez essa exigência.

[60]**MS 13.532/DF**, Rel. Min. Paulo Gallotti, Corte Especial, j. 1.º.07.2008, *DJE* de 22.10.2008, *REPDJe* 24.10.2008.

[61] Interessante o conhecimento da Escola e suas atribuições, até porque, pelo mandamento da **Reforma do Judiciário**, e isso já é realidade, os cursos passam a ser **fase de ingresso** para o concurso da magistratura. Nesse sentido, cf. <www.enfam.stj.jus.br>.

[62] O Presidente do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, no uso de suas atribuições regimentais e tendo em vista o decidido pelo Tribunal Pleno da Corte, em Sessão Plenária Extraordinária Administrativa de 18.06.1998, aprovou a Emenda Regimental n. 08, de 22.06.1998, que, alterando o art. 28, parágrafo único, estabeleceu que os integrantes do Tribunal terão o título de Desembargador Federal, receberão o tratamento de Excelência e usarão como traje oficial a toga e a capa, conservando o título e as honras correspondentes mesmo depois da aposentadoria.

[63]Em relação ao assunto, remetemos o ilustre leitor para o *item 14.10.26*, no qual aprofundamos o tema.

[64] Lembrar que a **EC n. 24/99** extinguiu a representação classista da Justiça do Trabalho, substituindo as **Juntas de Conciliação e Julgamento** pelos **Juízes do Trabalho**. Importante notar que a **EC n. 24, de 09.12.1999**, alterou profundamente a estrutura da Justiça do Trabalho, acabando, como já se disse, com a **representação classista**. A proposta de EC foi apresentada pelo então Senador

Gilberto Miranda, em 1995, tendo sido aprovada, com o substitutivo do Senador Jefferson Péres, definitivamente, em 19.05.1999, no Senado, e em 1.º.12.1999, na Câmara. As extintas Juntas de Conciliação e Julgamento, que eram compostas por **1** juiz do trabalho, que a presidia, e **2** juízes classistas temporários (mandato de 3 anos, de acordo com o art. 117, atualmente revogado pela EC n. 24/99), foram substituídas pelos **Juízes do Trabalho** que exercem jurisdição nas **Varas do Trabalho**, em 1.ª instância. As alterações trazidas pela EC n. 24/99 produziram inúmeras modificações na estrutura da Justiça do Trabalho, principalmente em relação à composição dos tribunais.

[65] Cf. os seguintes precedentes: CComp 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 09.12.2005; AI 529.763 (AgR-ED), Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 02.12.2005; AI 540.190 (AgR), Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 25.11.2005; AC 822 (MC), Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 20.09.2005. Cf., ainda, *Inf. 394/STF* (CC 7.204 — Rel. Min. Carlos Britto, 29.06.2005).

[66] RE 504.374-AgR, Rel. Min. Carlos Britto; AI 656.107-AgR, Rel. Min. Eros Grau; CC 7.456, Rel. Min. Menezes Direito, j. 07.04.2008, *DJE* de 20.06.2008; AI 663.722-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.09.2008, *DJE* de 17.10.2008; RE 461.925-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; CC 7.430; CC 7.441; CC 7.221; CC 7.505, j. 26.12.2008, CC 7.644, j. 13.05.2009 etc.

[67] Cf., ainda, no mesmo sentido, julgamento da 4.ª Turma do **TST** — *RR-1001-2006-751-04-00.3*, j. 10.12.2008. O tema é novo e merece um acompanhamento da jurisprudência, especialmente do STF, apesar da decisão proferida no **RE 607.520**, conforme mencionado.

[68] "EMENTA: **Justiça do Trabalho**: Competência: Const., art. 114: ação de empregado contra o empregador, visando a observância das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho. 1. Compete à **Justiça do Trabalho** julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de 5 anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto. 2. A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo e o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho" (CJ 6.959, Rel. Min. Célio Borja, j. 23.05.90, Plenário, *DJ* de 22.02.91).

[69] Convém lembrar que, em tempo de guerra ou durante o estado de sítio, a

jurisdição superior militar será exercida, de acordo com as regras dos arts. 89 e s. da Lei de Organização Judiciária Militar, Lei n. 8.457/92, pelos **Conselhos Superiores de Justiça Militar**.

[70]O quadro foi construído com base na Lei n. 6.880/80 (*Estatuto dos Militares*) e nos sites das respectivas Forças Armadas: *a*) **Marinha** (http://www.mar.mil.br); *b*) **Exército** (http://www.exercito.gov.br); *c*) **Aeronáutica** (http://www.fab.mil.br), no ícone "postos e graduações". Naturalmente, aguardamos qualquer crítica ou sugestão para o nosso *e-mail* pessoal (pedrolenza@terra.com.br).

[71]71 De acordo com o art. 16, § 4.º, da Lei n. 6.680/80, os **alunos** de órgãos específicos de formação de militares são denominados **praças especiais**. Por sua vez, o art. 19 da referida lei regula a precedência entre as praças especiais e as demais praças. Dessa forma, no quadro, atentar que existem **alunos** alocados como *graduados*. Contudo, pela disposição legal, devem ser considerados **praças especiais** (já que **alunos**, conforme visto). Essa situação não tem como ser evitada, para efeitos do *quadro didático*, já que priorizamos a indicação do **grau hierárquico** das autoridades.

[72]72 Os alunos de Escola Preparatória de Cadetes e do Colégio Naval têm precedência sobre os Terceiros-sargentos, aos quais são equiparados (isso vale para as três Forças Armadas).

[73]73 Os alunos dos órgãos de formação de Oficiais da reserva, **quando fardados**, têm precedência sobre os Cabos, aos quais são equiparados, valendo essa regra para todas as Forças.

[74]Por esse motivo, o candidato atento tem conhecimento de que, dentre as matérias que constam nos **Editais** para ingresso no **cargo de Defensor Público Federal** da Carreira de *Defensor Público da União*, estão **direito penal militar** e **direito processual penal militar**!

[75] "A competência da Justiça Militar Estadual é definida em razão da matéria (crime militar) e da pessoa (policial militar). O policial militar da reserva ou reformado equipara-se ao policial em atividade para fins de aplicação da lei penal militar. A exclusão, demissão ou exoneração do serviço militar não retira a competência da Justiça Militar, desde que o fato tenha sido praticado ao tempo em que o agente era policial militar (art. 5° do Código Penal Militar). A lei penal militar poderá, nesse caso, alcançar ex-policiais militares" (cf.: <www.tjmsp.jus.br> — institucional — competência).

[76]Em se tratando de **crime culposo** praticado por civil contra militar, como

inexiste o intuito de atingir a administração militar, o STF entendeu ser competente a Justiça comum para o julgamento. Cf. CComp 7.040-RS (*DJU* de 22.11.1996); HC 81.161-PE (*DJU* de 14.12.2001); HC 81.963-RS, Rel. Min. Celso de Mello, 18.06.2002; HC 81.963 e *Inf. 273/STF*. Nesse sentido, cf. **HC 105.348/RS**, Rel. Min. Ayres Britto, 19.10.2010, *Inf. 605/STF*.

[77] Reforma do Poder Judiciário e Justiça Militar, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, p. 383.

[78] Reforma do Poder Judiciário e Justiça Militar, cit., p. 383.

[79] A reforma na Justiça Militar estadual, em face da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, p. 409.

[80]Na Justiça Militar da União, a nomenclatura ainda continua juiz-auditor, embora, na Justiça Militar Estadual, a EC n. 45/2004 tenha denominado os juízes-auditores de **juízes de direito do juízo militar** — art. 125, § 5.º).

[81] Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, Reforma do Poder Judiciário e Justiça Militar, cit., p. 383.

[82] "EMENTA: **Praças da Polícia Militar estadual**: **perda** de **graduação**: **exigência de processo específico pelo art. 125, § 4.º, parte final, da Constituição**, não revogado pela Emenda Constitucional 18/98: **caducidade do art. 102 do Código Penal Militar**. O artigo 125, § 4.º, *in fine*, da Constituição, de **eficácia plena e imediata**, subordina a perda de graduação dos praças das polícias militares à **decisão do Tribunal competente**, mediante **procedimento específico**, não subsistindo, em consequência, em relação aos referidos graduados o artigo 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. A **EC 18/98**, ao cuidar exclusivamente da perda do posto e da patente do oficial (CF, art. 142, VII), **não revogou o art. 125, § 4.º, do texto constitucional originário, regra especial nela atinente à situação das praças**" (**RE 358.961**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.02.2004, Pleno, *DJ* de 12.03.2004). Nesse mesmo sentido, cf. **RE 121.533**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.04.1990, Pleno, *DJ* de 30.11.1990.

[83] O tema deverá ser julgado pelo STF no **RE 447.859**. Na linha apresentada, o "placar" está 3 X 2. Houve pedido de vista pelo Min. Ayres Britto. Assim, ilustre leitor, confira, quando estiver estudando, se esse ponto já foi decidido **(matéria pendente de julgamento)**. Havendo dúvida, fique à vontade para mandar um e-mail: pedrolenza@terra.com.br.

[84] Alertamos que pode haver alguma particularidade em cada Estado, como, por exemplo, a existência de *Soldado de 1.ª Classe* e de *2.ª Classe*, pedindo, assim, que o nosso ilustre leitor confira de acordo com a necessidade de preparação para eventual concurso específico. Boa sorte!

[85] O *Aluno Oficial* (em algumas escolas militares chamado de *Cadete*), quando se forma, é promovido, por mérito intelectual, a *Aspirante a Oficial*. Ao final do estágio probatório, o *Aspirante a Oficial* é promovido, por merecimento intelectual, a *2.º Tenente*. Para se ter um exemplo, podemos citar, no Estado de São Paulo, o concorrido concurso público de provas e títulos (atualmente VUNESP) para o *Bacharelado* em *Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública — BCPSOP*, na *Academia de Polícia Militar do Barro Branco — APMBB*, estabelecimento de ensino superior, de regime especial, da PMSP, com duração de 4 anos.

[86] Até o advento da EC n. 24/99 as Juntas de Conciliação e Julgamento também podiam ser citadas nesse rol. Atualmente, contudo, tendo sido extinta a representação classista, a jurisdição trabalhista, em primeira instância, é exercida por um juízo monocrático, qual seja, pelo Juiz do Trabalho.

[87] Nesse sentido, em relação à Justiça Estadual, destacamos: "EMENTA: Conflito de competência. Invasão de terras. Fato não atentatório à ordem política e social. Competência da **Justiça Estadual**. Constituição art. 126. **Inocorrendo atentado à ordem política e social**, mas apenas **conflito fundiário**, embora grave, declara-se a competência da Justiça Estadual" (STJ, 3.ª S., CComp 1.111/RS, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, *DJ* de 04.06.1990, p. 5052).

[88] Eneas de Oliveira Matos, Varas Agrárias na Emenda Constitucional 45/2004, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, p. 425.

[89]Cf., nesse sentido: "O inciso IV do art. 109 da Constituição, ao atribuir competência à Justiça Federal para processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de interesse da União, não tem a extensão pretendida pelos impetrantes, até porque no cenário desta singular amplitude seria muito difícil excluir alguma infração penal que não fosse praticada em detrimento dos interesses diretos ou indiretos da União. O inciso XI do mesmo artigo confere competência à Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, os quais são aqueles indicados no art. 231 da Constituição, abrangendo os elementos da cultura e os direitos sobre terras, não alcançando delitos isolados praticados sem qualquer envolvimento com a comunidade indígena" (HC 75.404, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 27.06.1997, *DJ* de 27.04.2001). No mesmo sentido: RHC 85.737, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12.12.2006, *Inf. 452/STF*. No

julgamento do HC 91.121 (06.11.2007), o STF entendeu como sendo competência da Justiça Federal "somente os processos que versarem sobre questões diretamente ligadas à **cultura indígena**, aos **direitos sobre suas terras**, ou, ainda, a **interesses constitucionalmente atribuíveis à União Federal** competiriam à Justiça Federal. Neste ponto, ordem indeferida por vislumbrar hipótese de incidência da jurisdição da Justiça Federal em face 'da relação com a disputa de terras reivindicadas pela FUNAI e pela União como indígenas'".

[90] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 22. ed., p. 632.

[91]*Constituição de 1824*: "Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum".

[92]*Constituição de 1824*: "Art. 162. Para este fim haverá juízes de paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegem os vereadores das câmaras. Suas atribuições e distritos serão regulados por lei".

[93]*Constituição de 1934*: "Art. 104, § 4.º — Os Estados poderão manter a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com ressalva de recurso das suas decisões para a Justiça comum".

[94]*Constituição de 1946*: "Art. 124, X — poderá ser instituída a Justiça de Paz temporária, com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou recorríveis, e competência para a habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei".

[95]*Constituição de 1967*: "Art. 136, § 1.º — A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça:... *c*) Justiça de Paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei e com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou irrecorríveis".

[96]*EC n. 1/69*: "Art. 144, § 1.º — A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: *c*) Justiça de Paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamento".

[97] Para se ter um exemplo, o anteprojeto de lei que *dispõe sobre o provimento de mandato eletivo de juiz de paz, no âmbito do DF e Territórios*, em seu art. 17, estabelece que "o juiz de paz perceberá **subsídio mensal**, fixado em **parcela única** de **R$ 6.192,03** (seis mil, cento e noventa e dois reais e três centavos), nos termos do art. 39, § 4.º, da Constituição Federal". De maneira **muito mais tímida**, a *Lei mineira n. 13.454/2000* fixa a remuneração mensal em subsídio nos valores de **R$ 263,00** a **R$ 800,00**, de acordo com a lotação do juiz de paz: a) município-sede de comarca (variando da entrância inicial para a final); b) município que

não seja sede de comarca; c) distrito judiciário.

[98] O Presidente do **CNJ**, no uso de suas atribuições, editou a **Recomendação n. 16/2008** (*DJE* de 04.09.2008) recomendando aos **Tribunais de Justiça dos Estados** e do **Distrito Federal e Territórios** que, em observância ao art. 98, II, CF/88, **no prazo de 1 ano a partir da publicação**, regulamentem a função de juiz de paz, encaminhando proposta de lei à Assembleia Legislativa (e, no caso do DF, ao CN, acrescente-se) que trate: "**1.** Das eleições para a função de juiz de paz, na capital e no interior; **2.** Da remuneração para a função de juiz de paz, na capital e no interior; **3.** Da atuação dos juízes de paz perante as Varas de Família; **4.** Da atuação dos juízes de paz na atividade conciliatória". Até o *fechamento dessa edição*, não se tem conhecimento de novas leis estaduais, além da de Minas Gerais. Como muitas eleições devem ser feitas junto com as eleições de prefeitos e vereadores, vamos acompanhar durante este ano de 2012. *O tema, assim, ganha importância para as provas e concursos!*

[99] Cf. *Inf. 391/STF* e *Notícias STF*, 16.06.2005 — 20h11. Para leitura do acórdão, cf. **ADI 2.938**, Rel. Min. Eros Grau, j. 09.06.2005, Plenário, *DJ* de 09.12.2005.

[100] ADI 954, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.2011, Plenário, *DJE* de 26.05.2011.

[101] Nesse sentido, o Min. Ayres Britto faz importante distinção entre os **notários** e os **juízes de paz**. Os notários são remunerados por emolumentos porque são delegatários de atividade pública **exercida em caráter privado** (cf. art. 236, CF/88). Por sua vez, os juízes de paz são **agentes públicos** e, assim, integrando a magistratura, estão proibidos de receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processos (voto na ADI 954).

[102]*Curso de direito processual civil*, 16. ed., v. 2, p. 261.

[103]**S. 655/STF:** "A exceção prevista no art. 100, '*caput*', da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, **não dispensa a expedição de precatório**, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza".

[104]**Lei n. 9.469/97:** "Art. 6.º Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública federal, estadual ou municipal e pelas autarquias e fundações públicas, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão, exclusivamente, na ordem cronológica da apresentação dos precatórios judiciários e à conta do respectivo crédito. § 1.º É assegurado o direito de preferência aos credores de obrigação de **natureza alimentícia**, obedecida, entre eles, a ordem cronológica de apresentação dos

respectivos **precatórios judiciários**".

[105] Conforme decidiu o STF, "não viola o art. 100, § 4.º (agora § 8.º, com a EC n. 62/2009), da CF (...) o fracionamento do valor da execução em parcelas **controversa** e **incontroversa** sem que isso implique alteração do **regime de pagamento**, que é **definido pelo valor integral da obrigação**. Com base nesse entendimento, a Turma manteve acórdão do TRF da 4.ª Região que determinara, em face da ausência de impugnação nos embargos, o prosseguimento de execução contra a Fazenda Pública na parte incontroversa. (...) Asseverou-se que a vedação prevista no § 4.º (§ 8.º, acrescente-se) do art. 100, da CF não teria ocorrido no caso e que a obrigatoriedade de sentença transitada em julgado (CF, art. 100, § 1.º — § 5.º com a EC n. 62/2009) fora observada, uma vez que da parte incontroversa não cuidará a sentença dos embargos à execução", sendo, assim, possível a **expedição de dois precatórios**, um relativo à parte incontroversa e outro, posterior, quando for definido o valor referente à parte controversa" (*Inf. 430/STF*, RE 484.770/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 06.06.2006).

[106] Para se ter um exemplo, o art. 1.º da **Lei n. 10.099, de 19.12.2000**, dando nova redação ao art. 128 da Lei n. 8.213/91, regulamentando o disposto no **art. 100, § 3.º, da CF**, definiu **obrigações de pequeno valor, para a Previdência Social**, aquelas demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados na referida Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, cujos valores de execução não forem superiores a **R$ 5.180,25** por autor, podendo, por opção de cada um dos exequentes, ser quitadas no prazo de até **60 dias**, após a intimação do trânsito em julgado da decisão, **sem necessidade da expedição de precatório**. Outro exemplo foi trazido pela **Lei n. 10.259, de 12.07.2001**, que instituiu os **Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**. De acordo com a nova lei, compete ao Juizado Especial Cível Federal processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de **60 salários mínimos**, considerado **"pequeno valor"**, para efeitos do § 3.º do art. 100 da CF/88, devendo ser pago independentemente de expedição de precatório, mediante mera **requisição judicial** (arts. 3.º, *caput*, e 17, da Lei n. 10.259/2001). No âmbito dos **Juizados Especiais da Fazenda Pública**, que têm por competência processar, conciliar e julgar as causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 salários mínimos, até que se dê a publicação das leis definindo o conceito de *obrigação de pagar quantia certa de pequeno valor*, consideram-se, como tal, **40 salários mínimos**, quanto aos **Estados** e ao **Distrito Federal** e **30 salários mínimos**, quanto aos **Municípios** (art. 13, § 3.º, da Lei n. 12.153, de 22.12.2009).

[107]Art. 97, § 3.º, ADCT: "Entende-se como **receita corrente líquida**, para os fins de que trata este artigo, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do § 1.º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo mês de referência e os 11 meses anteriores, excluídas as duplicidades, e deduzidas: I — nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; II — nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no § 9.º do art. 201 da Constituição Federal".

[108] José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 22. ed., p. 485-486.

[109] José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 22. ed., p. 1057.

[110] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 22. ed., p. 461-462.

[111]Ricardo Cunha Chimenti, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, p. 139.

[112] Cabe observar que *Emenda Regimental n. 1, de 09.03.2010*, alterou o *RI/CNJ* para se adequar à regra introduzida pela EC n. 61/2009. Assim, de acordo com a nova redação dada ao Regimento Interno: "Art. 23. Os Conselheiros serão substituídos em suas eventuais ausências e impedimentos: I — o **Presidente do Conselho** (que é o Min. Presidente do STF, acrescente-se), pelo **Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal**" (nos exatos termos da regra prevista no art. 103-B, § 1.º, CF/88). Porém, o art. 23, § 1.º, do *RI/CNJ* estabelece que, no caso de ausência ou impedimento do Presidente do Conselho **e do seu substituto, o Vice-Presidente do STF**, substituirá o Presidente o **Conselheiro** por ele **indicado**. Com o máximo respeito, entendemos que essa regra de substituição em caso de impedimento do substituto do Presidente, que é o Vice-Presidente do STF (e, conforme visto, sequer faz parte da composição do CNJ), **viola** a Constituição. A intenção da reforma, buscando manter o caráter institucional da direção, em nosso entender, foi deixar a **presidência do CNJ** "nas mãos" de **Ministro do STF**, mesmo no caso de substituição, o que não se verificará na hipótese indicada na nova redação dada ao art. 23, § 1.º, do *RI/CNJ*.

[113] Conforme acentuado pelo **IBDP** em sede de conclusões, em primoroso trabalho de acompanhamento da **Reforma do Judiciário**, a **oposição**, na Câmara dos Deputados, considera **inaceitável a composição do Conselho Nacional da**

Magistratura da maneira como apresentada na PEC, reivindicando a sua **formação** preponderantemente por **pessoas alheias à Magistratura**, a fim de dar-lhe verdadeira feição de **controle externo**, uma das razões, segundo o relatório do IBDP, que impediu a sua apreciação definitiva no ano de 1999. No entanto, conforme já exposto, o modelo vindicado pela oposição seria, fatalmente, declarado inconstitucional pelo STF, só se podendo falar em verdadeiro controle externo através da manifestação do poder constituinte originário, elaborando uma nova Constituição, este sim, ilimitado juridicamente, soberano na tomada de suas decisões, incondicionado. (Cf. conclusões do IBDP, in *Reforma constitucional do Poder Judiciário* (org. Petrônio Calmon Filho), São Paulo: IBDP, v. 1, p. 169.)

[114]A Reforma do Judiciário, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário:* Emenda Constitucional n. 45/2004, São Paulo: Método, 2005, p. 193.

[115]**ADI 3.367**, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13.04.2005, *DJ* de 22.09.2006.

[116] A **ADI 4.638** trata de vários assuntos contidos na citada Res. n. 135/CNJ. Destacamos apenas a questão concreta do art. 12. Sugerimos a leitura de referida resolução e o acompanhamento do julgamento, que foi suspenso em **02.02.2012**, data do fechamento dessa edição **(matéria pendente)**.

[117] René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 17.

[118]André Ramos Tavares, *Nova lei da súmula vinculante*: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006, p. 20.

[119] André Ramos Tavares, *Nova lei da súmula vinculante*, p. 21.

[120] Walber de Moura Agra, *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal:* densificação da jurisdição constitucional brasileira, p. 122-123.

[121] Roger Stiefelmann Leal, comparando o efeito vinculante e o *stare decisis*, observa que "... o efeito vinculante impõe liame de caráter obrigatório, paranormativo, aos órgãos e poderes que se aplica. No caso do *stare decisis*, embora se fale em vinculação dos precedentes (*binding precedents*), aos juízes inferiores se reconhecem mecanismos para sua insubordinada superação (*overruling*). Assim, cabe aos demais órgãos do Poder Judiciário, mediante técnicas decisórias específicas — tais como a superação antecipada (*antecipatory overruling*) ou superação implícita — desgarrarem-se dos precedentes da Suprema Corte e decidirem casos de maneira diversa" (p. 117). Nessa mesma linha de superação do precedente pelo *trial judge*, citando Charles D. Cole, cf. M. A. B. Muscari, *Súmula vinculante*: um estudo à luz da Emenda

Constitucional 45, p. 84. Nessa linha, segundo Silvio Nazareno Costa, o precedente pode ser afastado pelo juiz na hipótese em que a sua aplicação acarrete "clara injustiça", ou implique "incompatibilidade legal absoluta (na hipótese de precedente baseado em lei revogada ou modificada)", ou "constitua irracionalidade evidente" (*Súmula vinculante*, p. 10).

[122] A. Sormani; N. L. Santander, *Súmula vinculante*, p. 41.

[123]Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, p. 277-287. Sobre a influência da Constituição de Weimar no surgimento do controle abstrato, cf. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (coord.), *Ação declaratória de constitucionalidade*, p. 59 e s. Sobre o efeito vinculante no modelo germânico, cf. *Ação declaratória*..., cit., p. 100-101. Destacamos, ainda, a tendência alemã a atribuir o efeito vinculante não só ao dispositivo da sentença como, também, aos ***fundamentos determinantes*** (*tragende Gründe*) (*Ação declaratória*..., cit., p. 100).

[124]Nesse sentido, cf. Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 1009-1012.

[125] C. L. A. Rocha, Sobre a súmula vinculante, p. 53. Cf., ainda, Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 6, p. 252-276.

[126] "Art. 19. O Tribunal Supremo de Justiça enviará todos os anos ao Governo uma relação das causas, que foram revistas, indicando os pontos sobre que a experiência tiver mostrado vício, ineficiência da legislação, as suas lacunas e incoerências, **para o Governo propor ao Corpo Legislativo, a fim de se tomar a resolução que for conveniente**".

[127] V. N. Leal, Atualidades do Supremo Tribunal, *RF* 208/17.

[128] V. N. Leal, Atualidades do Supremo Tribunal, *RF* 208/16.

[129] Cf. **ADI 3.695**, ajuizada, em 29.03.2006, pelo Conselho Federal da OAB, contra a íntegra da Lei federal n. 11.277/2006 (que incluiu o art. 285-A e parágrafos no CPC), sob o argumento de que a nova regra "institui uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau". Há pedido de ingresso do *IBDP — Instituto Brasileiro de Direito Processual* como *amicus curiae,* defendendo a constitucionalidade da lei.

[130] Cf. **ADI 3.740**, ajuizada, em 30.05.2006, pelo Conselho Federal da OAB, contra o § 1.º do art. 475-L e o parágrafo único do art. 741 do CPC, com a redação alterada pela Lei n. 11.232/2005; bem como o parágrafo único do art. 741 do CPC, na redação conferida pela MP n. 2.180-35. Alega a OAB violação ao princípio da segurança jurídica e autoridade do Poder Judiciário.

[131] Segundo o *Relatório n. 1/2006 da Comissão Mista Especial para a Reforma do Judiciário*, "esse tratamento diferenciado se dá porque há o risco de inviabilização dos trabalhos do STF se for aberta a possibilidade de propositura de medidas autônomas por municípios (mais de 5.000, atualmente) (...). Neste caso, a autorização legal para que requeiram incidentalmente a edição de súmulas vinculantes, cria um filtro, e não os alija totalmente do processo". Apenas a título de curiosidade, lembramos que, segundo o *Censo 2010* (IBGE), o Brasil tem **5.564** municípios (não estamos considerando Brasília, apesar de o Censo a listar, pois, conforme já afirmamos, Brasília não se enquadra no conceito de cidades por não ser sede de município. Brasília, na forma do art. 18, § 1.º, CF/88, é a Capital Federal. Ainda a título de curiosidade, o Estado com o menor número de municípios é Roraima (15) e o com o maior número é Minas Gerais (853) (Fonte: IBGE, disponível em: <http://www.ibge.gov.br/cidadesat>).

[132] Conforme apontamos no *item 11.14.12*, a partir da publicação da Lei n. 12.433/2011, entendemos indispensável a revisão ou o cancelamento da referida *SV n. 9/STF* **(matéria pendente)**.

[133] Dentre outros precedentes, cf. **Rcl 6.541** e **Rcl 6.856**, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 25.06.2009, Plenário, *DJE* de 04.09.2009.

[134] Sobre a **natureza jurídica** do instituto da reclamação, cf. *item 6.7.1.18.2*.

[135]*Notícias STF*, 08.02.2007.

[136]Aprovado na 68.ª Sessão Ordinária do CNJ, do dia 06.08.2008, nos autos do Processo n. 200820000007337.

[137] Apenas para conhecimento da matéria, estabeleceu o STF: "Competência — Justiça Militar *versus* Justiça Federal *stricto sensu* — Crime de falso — Carteira de habilitação naval de natureza civil. A competência para julgar processo penal a envolver a falsificação de carteira de habilitação naval de natureza civil é da **Justiça Federal**, sendo titular da ação o MPF" (**HC 90.451**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.08.2008, 1.ª, *DJE* de 03.10.2008). No mesmo sentido: HC 109.544-MC, HC 106.171, HC 104.619, HC 104.804, HC 104.617, HC 103.318, HC 96.561, HC 96.083, HC 110.237 etc.

[138] Cf. MS 13.040/DF, 3.ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJE* de 1.º.09.2008, e RE nos EDcl no MS 9.516, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 26.11.2008 e *DJE* de 09.12.2008.

[139]**Art. 127 da *LEP* (Lei n. 7.210/84):** "Em caso de **falta grave**, o juiz poderá revogar **até 1/3 (um terço)** do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar" (*Redação*

dada pela Lei n. 12.433/2011). Assim, ao que parece, o STF tende a manter o entendimento exposto na SV n. 9, no sentido da possibilidade de o juiz revogar o tempo remido em caso de falta grave, mas, agora, diante da nova regra, **até o limite máximo de 1/3**, ensejando, portanto, a necessidade de sua **revisão** ou **cancelamento**. Até o fechamento desta edição (*02.02.2012*), referida súmula ainda estava em vigor, apesar de haver sinalização de sua revisão, conforme consistente manifestação do Min. Fux no julgamento do **RE 638.239**, com parecer do MPF no sentido de o juízo da Execução examinar a perda dos dias remidos **de acordo com a alteração introduzida pela Lei n. 12.433/2011** (manifestação da PGR de 29.11.2011) **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**. Em outro julgado, o STF determinou a aplicação da nova lei, até porque mais benéfica (cf. **HC 110.040/RS**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.11.2011). Assim, o meu ilustre leitor, ao estudar o assunto, especialmente para as provas de *direito penal* e *direito processual penal*, deverá conferir se a SV n. 9/STF ainda está em vigor, apesar da sua inconteste **superação** a partir do advento da Lei n. 12.433/2011, que, por introduzir, de modo mais **benéfico**, regra de direito material, tem **aplicação retroativa**, atingindo, portanto, as execuções penais em andamento referentes a fatos praticados e anteriores à vigência do referido ato normativo. Cabe, finalmente, lembrar que, nos termos do art. 5.º da Lei n. 11.417/2006 (*que regulamentou o art. 103-A da CF/88, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF*), revogada ou **modificada** a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o STF, de ofício ou por provocação, **procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso**.

[140] Com um texto muito parecido, também o art. 144, § 1.º, "a", e § 3.º, na redação dada pela EC n. 1/69. Na primeira regra estabelece que os Tribunais de Alçada deverão observar o prescrito na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. A redação da segunda regra é praticamente a mesma, só alterando a parte final.

[141]*Site* do 1.º TAC/SP: <www.ptac.sp.gov.br/historico.htm>, acessado em 1.º.02.2005.

[142]Interessante a data — **11 de agosto**. Apenas por **curiosidade** (*e acho, sim, que esse tipo de informação pode fazer a diferença em banca oral*), por meio da **Lei de 11 de agosto de 1827** foram criados dois cursos de *Ciências Jurídicas e Sociais*, um na cidade de *São Paulo* e outro na de *Olinda*. O art. 1.º da referida lei estabelece que durante 5 anos e em 9 cadeiras serão ensinadas as seguintes matérias: ***a*) 1.º ano:** *1.ª Cadeira*: Direito natural, público, análise de Constituição do Império, Direito das gentes e diplomacia; ***b*) 2.º ano:** *1.ª Cadeira*: continuação

das matérias do ano antecedente; *2.ª Cadeira*: Direito público eclesiástico; ***c*) 3.º ano:** *1.ª Cadeira*: Direito pátrio civil; *2.ª Cadeira*: Direito pátrio criminal com a teoria do processo criminal; ***d*) 4.º ano:** *1.ª Cadeira*: Continuação do direito pátrio civil; *2.ª Cadeira*: Direito mercantil e marítimo; ***e*) 5.º ano:** *1.ª Cadeira*: Economia política; *2.ª Cadeira*: Teoria e prática do processo adotado pelas leis do Império. (*Fonte*: BRASIL. Leis etc. Collecção das leis do Imperio do Brazil de 1827. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 5-7.)

[143]*Site* do 2.º TAC/SP: <www.stac.sp.gov.br/historico.htm>, acessado em 1.º.02.2005.

[144] Roberto Solimene, A extinção dos Tribunais de Alçada e a Emenda 45, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, São Paulo: Método, 2005, p. 169. Sobre a constitucionalidade da extinção dos Tribunais de Alçada, cf. interessante parecer de Clèmerson Merlin Clève, Extinção dos Tribunais de Alçada: constitucionalidade pela via da reforma constitucional no plano federal. Devida reinclusão na proposta de Emenda à Constituição n. 29, de 2000, que veicula a Reforma do Poder Judiciário, *Reforma*..., cit., p. 159.

[145] Roberto Solimene, A extinção dos Tribunais de Alçada e a Emenda 45, p. 169.

[146] Cf. *Inf. 155/STF*, Brasília, 28 de junho a 1.º.07.1999. **ADI 2.011-MC/SP**, Rel. Min. Ilmar Galvão, 30.06.1999 (Acórdão publicado no *DJ* de 04.04.2003, Ata n. 9/03).

12

FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

12.3. ADVOCACIA PÚBLICA

12.3.1. A distorção corrigida pela EC n. 19/98

O texto de 1988 abre uma seção própria, dentro do capítulo *das funções essenciais à Justiça*, para tratar da **advocacia pública** e **explicita** regras para a *Advocacia-Geral da União*, *Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional* e *Procuradorias dos Estados* e do *Distrito Federal*.

O constituinte originário denominou **equivocadamente** a *Seção II*, do *Capítulo IV*, do *Título IV*, em sua redação original, ao se referir apenas a *Advocacia-Geral da União*.

Isso porque, além de a *Seção* conter informações sobre os *Procuradores dos Estados* e do *Distrito Federal*, o entendimento de **advocacia pública** deve englobar, naturalmente, os advogados das **autarquias** e **fundações**.

Tanto é assim que o art. 29, *caput*, do ADCT, estabeleceu que, enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o **Ministério Público Federal**,[35] a **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, as **Consultorias Jurídicas dos Ministérios**, as **Procuradorias** e **Departamentos Jurídicos de autarquias federais** com representação própria e os membros das **Procuradorias das Universidades fundacionais públicas** continuariam a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

Essa distorção veio a ser corrigida pela **EC n. 19/98**, que alterou o nome da referida sessão para **Advocacia Pública**, de maneira acertada.

Não houve previsão explícita de *Procuradorias Municipais*, podendo, naturalmente e desde que observadas as regras constitucionais, a matéria ser tratada nas Constituições Estaduais, Leis Orgânicas e legislação própria.[36]

12.3.2. O advogado público pode exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo?

Diante da timidez do constituinte de 1988 em relação à *Seção* da *Advocacia* (timidez perto do detalhamento da *Seção* que tratou do *Ministério Público*), muitas regras foram destinadas ao *legislador infraconstitucional*, motivo pelo qual os *concurseiros* ("ilustres guerreiros") deverão estudar, de modo aprofundado, as leis orgânicas de cada carreira, destacando-se, no âmbito da *Administração Federal* (direta, autárquica e fundacional) (área jurídica) as de:

- **Advogado da União;**

- **Procurador da Fazenda Nacional;**
- **Procurador Federal;**
- **Procurador do Banco Central do Brasil**.

Para se ter ideia da dimensão do regramento por norma infraconstitucional, indaga-se, por exemplo (e isso mostra a particularidade de cada carreira, devendo o estudo ser desenvolvido de acordo com a necessidade de cada um), se seria possível o *advogado público* **advogar** fora da carreira. Ou seja, será que um **advogado público** pode exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo?

Por regra, a resposta **não foi estabelecida em âmbito constitucional**. Assim, coube às leis de organização de cada carreira disciplinar a matéria.

A título de informação, as duas únicas previsões proibindo a advocacia *fora das atribuições institucionais* foram estabelecidas para a **defensoria pública** (que, apesar de ser *pública*, não pode ser colocada no conceito de *advocacia pública*, já que não atua em nome de ente estatal, mas do hipossuficiente — cf. art. 134, § 1.º) e para o **Ministério Público**, com as ressalvas já apresentadas (art. 128, § 5.º, II, "b", CF/88 e art. 29, *caput* e § 2.º, do ADCT, bem como o item 12.2.7.3), que também está longe de ser alocado como *advocacia pública*, especialmente em razão do alargamento de suas funções no novo ordenamento, da sua evolução e de sua consagração como instituição permanente e verdadeiro **advogado da sociedade**.

Portanto, teoricamente, e **desde que não haja proibição legal** (já que não houve previsão constitucional) os **advogados públicos** poderão advogar fora das atribuições institucionais e desde que **não violem os interesses da pessoa de direito público em relação à qual pertençam**. Assim, resta investigar o que disciplinou a lei para cada carreira. Vejamos:

ADVOGADOS PÚBLICOS	PODEM EXERCER ADVOCAC FORA DA

	ATRIBUIÇ INSTITUCION
Advogados da União	■ **NÃO** ■ art. 28, I, d **n. 73/93**
Procuradores da Fazenda Nacional	■ **NÃO** ■ os *Procuradores Fazenda Nac* são considera **membros** da Advocacia-G da União ■ arts. 2.º, § 28, I, da **LC** **73/93**

Procuradores Federais	■ **NÃO** ■ os *Procuradores Federais* são advogados públicos **vinculados** à *Advocacia-G da União* ■ arts. 2.º, § 17 e 28, I, da n. 73/93 ■ art. 38, § 1 da **MP n. 2.2 43**, de 06.09. (em vigor por

	força do art. da EC n. 32/2
Procuradores do Banco Central do Brasil	■ **NÃO** ■ os *Procuradores Banco Centra* advogados públicos **vinculados** à *Advocacia-G da União* ■ arts. 2.º, § 17 e 28, I, da n. 73/93 ■ art. 17-A, I **Lei n. 9.650/** (incluído pela

	n. 2.229-43, 06.09.2001, vigor por forç art. 2.º da EC 32/2001)
Procuradores dos Estados	■ **DEPENDE** ■ conforme v como não há previsão constituciona definição fico encargo das Constituições Estaduais e l orgânicas. Nã havendo proibição,

	poderão adv
	■ **SIM** ■ **não há vedação**, sej Lei Orgânica DF, seja na L 395/2001 (lei distrital que organiza a Procuradoria-Geral do Dist Federal) ■ **cuidado:** c 28, III, do *Es da Advocacia* n. 8.906/94)

Procuradores do DF	estabelece q advocacia é **incompatíve** mesmo em ca própria, em relação aos **ocupantes d cargos ou funções de direção** em Órgãos da Administraçã Pública direta indireta, em s fundações e suas empresa controladas c

	concessionár de serviço pú
Procuradores de Municípios	■ DEPENDE ■ conforme v como não há previsão constituciona definição fico encargo das Constituições Estaduais e l orgânicas. Nã havendo proibição, poderão adv

■ 12.3.3. Assessoramento, amplitude vinculativa dos pareceres jurídicos e a responsabilização dos advogados públicos

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello classifica os pareceres em *facultativos*, *obrigatórios* e *vinculantes*.[37] Vejamos:

■ **parecer facultativo:** "consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, **sem que qualquer norma jurídica determine sua solicitação**, como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio. Por outro lado, fica a seu critério adotar, ou não, o pensamento do órgão consultivo. Consiste, destarte, em exercício de poder **discricionário** quanto ao **pedido**, e à **efetivação** do ato relativamente ao **parecer**. Este, portanto, externamente, não tem relevância jurídica, **salvo se o ato a ele se reportar**". Ou seja, o parecer só integrará a decisão se for indicado como seu fundamento, passando, então, a corresponder à própria motivação;

■ **parecer obrigatório:** "consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, **em virtude de preceito normativo que prescreve sua solicitação**, como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio. Constituem a consulta e o parecer fases necessárias do procedimento administrativo. (...). O ato praticado sem dito pronunciamento estará eivado de vício de nulidade, por desrespeito a solenidade essencial. A obrigação, entretanto, é só de pedir o parecer, jamais de segui-lo, de emanar o ato ativo ou de controle segundo sua manifestação. O desrespeito ao parecer não invalida o ato; poderá, quando muito, se injustificável a orientação em contrário, sujeitar o órgão ativo ou de controle às consequências de responsabilidade administrativa, após regular apuração";

■ **parecer conforme ou vinculante:** "é o que a Administração Pública **não só deve pedir** ao órgão consultivo, como **deve segui-lo** ao praticar ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção, e só se admite quando expressamente a lei ou o regulamento dispõem nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como **nulo**". Como exemplo, podemos citar a decisão da Administração sobre o pedido de **aposentadoria por invalidez** que tem que seguir exatamente a conclusão do médico oficial.

Conforme visto, a **advocacia pública**, de modo geral, tem tanto o papel de **representação judicial**, como de **consultoria** e **assessoramento** dos entes e entidades da administração direta e indireta.

Em relação ao **assessoramento**, importante distinção foi feita pelo Min. Joaquim Barbosa no tocante à vinculação ou não dos **pareceres jurídicos** e da **responsabilização** do advogado público. Vejamos:[38]

■ **consulta facultativa:** "... a autoridade **não se vincula** ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo";

■ **consulta obrigatória:** "... a autoridade administrativa **se vincula** a emitir o **ato** tal como submetido à **consultoria**, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da

apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer”;
■ **obrigação de decidir à luz de parecer vinculante em razão de previsão legal:** “... essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão **nos termos da conclusão do parecer** ou, então, não decidir”;
■ **responsabilização:** “(...) II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua **natureza opinativa**, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é **abusiva a responsabilização do parecerista** à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. **Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa...**”.

Assim, em referido precedente (que data de 09.08.2007), o Min. Relator entendeu que, se o parecer é **opinativo**, não haveria vinculação do advogado público.

Porém, lendo o acórdão, afirma Joaquim Barbosa que se o parecer for **vinculante** há **“partilha do poder decisório”** (...) “e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, **pois ele é também administrador nesse caso**” (fls. 285 e 286 do acórdão — grifamos).

Com o máximo respeito, na linha da manifestação de Carlos Britto no mesmo acórdão, não concordamos que o parecerista, pelo simples fato de atuar no processo administrativo, se transforme em administrador.

Ainda, em razão das garantias de independência que devem ser asseguradas aos advogados públicos para que não sofram pressões políticas, entendemos que essa responsabilização não possa ser automática.

Em nosso entender, e a matéria precisa ser mais bem definida pelo STF, a responsabilização dependeria de demonstração de erro grosseiro, falta grave, má-fé, sob pena de se esvaziar a amplitude que devem ter os pareceres jurídicos das consultorias.

Conforme Di Pietro, a responsabilização “... não se justifica se o parecer estiver adequadamente fundamentado; a simples diferença de opinião — muito comum na área jurídica — não pode justificar a responsabilização do consultor. Não é por outra razão que o parecer isoladamente não produz qualquer efeito jurídico; em regra, ele é meramente opinativo”.[39]

Nesse sentido, existe importante precedente do STF, anterior ao

julgamento do referido MS 24.631, pelo qual a Corte **não admite a automática responsabilização solidária do advogado público ao emitir parecer jurídico**, o que parece ser, naturalmente, o melhor entendimento **(matéria pendente de aprofundamento pelo STF)**:

> "EMENTA: (...). Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: **impossibilidade**, dado que o **parecer não é ato administrativo**, sendo, quando muito, **ato de administração consultiva**, que visa a **informar**, **elucidar**, **sugerir** providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa (...). II. — O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de **erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo:** Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. — Mandado de Segurança deferido" (**MS 24.073**, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 06.11.2002, Plenário, *DJ* de 31.10.2003).

■ 12.3.4. Contempt of Court: a multa do art. 14, parágrafo único, do CPC e os advogados públicos — ADI 2.652

O art. 14, parágrafo único, do CPC, introduzido pela Lei n. 10.358, de 27.12.2001, buscou estabelecer mecanismos para evitar o *contempt of court* (bem diferente do sistema norte-americano, que inspirou a regra).

No fundo, procura-se encontrar uma forma de fazer cumprir, com exatidão, os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Para tanto, optou-se pela possibilidade de o juiz fixar **multa**, de até 20% do valor da causa, em caso de violação do art. 14, V, do CPC, que, contudo, **não será aplicada aos advogados**.

A dúvida consistia em saber se a não aplicação da multa se restringia aos advogados que se sujeitam exclusivamente ao Estatuto da OAB, ou também aos advogados públicos, até porque a literalidade da redação dava a entender que a regra era exclusiva dos advogados não públicos. Confira:

> "Art. 14, V: São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: cumprir com exatidão os **provimentos mandamentais** e **não criar embaraços** à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.
> Parágrafo único. **Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB**, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem

> prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável **multa** em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a **20%** do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado".

A falta de uma *vírgula* depois da palavra "ressalvados" dava a entender que seriam apenas os *advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB*, lembrando que os **advogados públicos** se sujeitam à suas leis orgânicas e, também, mas não somente, aos estatutos da OAB.

Contudo, o STF deu interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, e fixou que a ressalva do art. 14, parágrafo único, do CPC "... alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos" (*Inf. 307/STF*). Nesse sentido:

> "EMENTA: Impugnação ao parágrafo único do art. 14 do CPC, na parte em que ressalva 'os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB' da imposição de *multa por obstrução à Justiça*. Discriminação em relação aos **advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade**. Violação ao **princípio da isonomia** e ao da **inviolabilidade no exercício da profissão**. Interpretação adequada, para afastar o injustificado *discrímen*. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do art. 14 do CPC conforme a CF e declarar que a **ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos**".[40]

■ 12.3.5. Pareceres e Súmula da Advocacia-Geral da União

O art. 39 da LC n. 73/93 considera **privativo** do Presidente da República o direito de submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu **parecer**.

Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República, podendo surgir as seguintes hipóteses (arts. 39 a 44, da LC n. 73/93):

- ■ **parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial:** "vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento";
- ■ **parecer aprovado, mas não publicado:** "obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência";
- ■ **pareceres emitidos pela Consultoria-Geral da União:** "consideram-

se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República";

■ **pareceres das Consultorias Jurídicas:** "aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas";

■ **Súmula da Advocacia-Geral da União:** "súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2.º e 17 da LC n. 73/95".

■ 12.3.6. Advocacia-Geral da União

■ 12.3.6.1. Regras gerais

Antes das novas regras trazidas pela CF/88, conforme já estudamos no*item 12.2.1.8*, a **representação judicial da União** (administração direta) competia ao **Ministério Público Federal**, podendo, por força da EC n. 1/69, a União ser representada pelo **Ministério Público estadual** nas comarcas do interior.

Por sua vez, o **Decreto n. 93.237/86** regulava as atividades de **advocacia consultiva** da União, no Poder Executivo, tendo sido a **Consultoria-Geral da República** erigida à instância máxima das atividades de **consultoria** e **assessoramento** jurídicos da Administração Federal.

Nesses termos, o art. 3.º do referido Decreto **estabelecia** que a **Advocacia Consultiva da União** compreendia: **a)** a Consultoria-Geral da República; **b)** a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Ministério da Fazenda; **c)** as Consultorias Jurídicas dos demais Ministérios, do Estado Maior das Forças Armadas, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República; **d)** as Procuradorias-Gerais ou os departamentos jurídicos das autarquias; **e)** os órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a **Advocacia-Geral da União** (AGU), cujo **ingresso** nas classes iniciais das carreiras far-se-á mediante **concurso público de provas e títulos**, passou a ser a instituição que, **diretamente** ou por meio de **órgão vinculado**, representa a União, **judicial** e **extrajudicialmente**, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar[41] que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de **consultoria**

e **assessoramento jurídico** do **Poder Executivo** (art. 131, *caput*).[42]

Devemos observar, conforme já tanto mencionado, que, por força do art. 29, *caput*, do ADCT, o **MPF** continuou **representando a União** até que fosse aprovada a **LC n. 73/93** (que institui a *Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União*), devendo os Procuradores da República optar, de forma **irretratável**, entre as carreiras do **MPF** e da **AGU** (cf. art. 29, § 2.º, ADCT, art. 61, da LC n. 73/93 e art. 282, da LC n. 75/93).

Deve-se deixar bem claro que a **representação judicial** e **extrajudicial** é da **União**, englobando, assim, os seus diversos órgãos, em **quaisquer dos Poderes**. Por exemplo, o CNJ, órgão do Poder Judiciário (art. 92, I-A), será representado pela **AGU** nas ações originárias que tramitam no STF.

Por outro lado, as atividades de **consultoria** e **assessoramento jurídico** foram previstas **apenas** para o **Poder Executivo**. Vejamos o quadro para facilitar a memorização:

■ representação **judicial** e **extrajudicial**	■ diverso órgãos dos Poderes Executivo Legislativ e Judiciário **(UNIÃO)**

■ **consultoria** e **assessoramento jurídico**	■ apenas do **Poder Executiv**

■ **12.3.6.2. Órgãos da Advocacia-Geral da União**

Os **Órgãos da Advocacia-Geral da União** estão previstos no art. 2.º da LC n. 73/93, e as suas características deverão ser aprofundadas pelos meus *ilustres leitores* que se preparam para os respectivos cargos (analisando, portanto, detidamente, a *Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União*).

Para efeito deste estudo, limitamos a destacar os referidos órgãos, conforme quadro abaixo:

	■ Advogado Geral da União ■ Procuradori Geral da União ■ Procuradori

ÓRGÃOS DE DIREÇÃO SUPERIOR	Geral da Fazenda Nacional ■ Consultor Geral da União ■ Conselho Superior da Advocacia-Geral da União ■ Corregedor Geral da Advocacia d União

- Procuradori Regionais d União
- Procuradori Regionais d Fazenda Nacional
- Procuradori da União no Estados e n Distrito Fed e as Procuradori Seccionais

ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO

	destas  Procuradori da Fazenda Nacional nos Estados e n Distrito Fed e as Procuradori Seccionais destas  Consultori da União  Consultori Jurídicas no Ministérios
ÓRGÃO DE	 Gabinete

ASSISTÊNCIA DIRETA E IMEDIATA AO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO	Advogado-Geral da Un
ÓRGÃOS VINCULADOS	■ Procuradori e Departamer Jurídicos da autarquias e fundações públicas

■ 12.3.6.3. Advogado-Geral da União

O **Chefe** da Advocacia-Geral da União é o **Advogado-Geral da União (AGU)**, destacando-se as seguintes regras:

- **nomeação:** o AGU é de **livre nomeação** pelo **Presidente da República** (art. 84, XVI);

■ **exoneração:** por ser o cargo de **livre nomeação** pelo Presidente da República, trata-se de **cargo de confiança** e, portanto, também de **livre exoneração**. Assim, pode-se afirmar que o AGU é **demissível *ad nutum***;

■ **requisitos:** o AGU será escolhido dentre cidadãos maiores de **35 anos**, de **notável saber jurídico** e **reputação ilibada**;

■ **poderá ser estranho à carreira:** por ser de **livre nomeação**, o **AGU** poderá ser **estranho** à **carreira da advocacia pública**, o que, em nosso entender, não parece ser a melhor solução;

■ ***status* de Ministro de Estado:** de acordo com o art. 25, parágrafo único, da Lei n. 10.683/2003 (na redação dada pela Lei n. 12.314/2010), o *Advogado-Geral da União* tem *status* de **Ministro de Estado**;[43]

■ **infrações penais comuns:** o AGU, por ser considerado **Ministro de Estado** nos termos do citado art. 25, parágrafo único, da Lei n. 10.683/2003, será julgado pelo **STF** nas infrações penais comuns;

■ **crime de responsabilidade:** o AGU será processado e julgado nos crimes de responsabilidade pelo **Senado Federal** (art. 52, II);

■ **delegação de atribuições do Chefe do Executivo:** de acordo com o art. 84, parágrafo único, CF/88, o Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte (do referido art. 84), além dos Ministros de Estado e do Procurador-Geral da República, para o **Advogado-Geral da União**, devendo ser observados os limites traçados nas respectivas delegações;

■ **direito de "manifestação" no controle concentrado de constitucionalidade:** em razão da importância do assunto, desenvolvemos a discussão no *item 12.3.6.4* abaixo, chegando à conclusão de que o AGU não tem necessariamente que defender a lei quando o STF apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo. O dever que o texto lhe impõe é de **manifestação**, mitigando-se, assim, a sua função de "defensor *legis*" que passa a ser repensada à luz de um conceito mais amplo de "*custos constitutionis*";

■ **supervisão do Presidente da República:** o art. 3.º, § 1.º, da LC n. 73/93, estabelece que o Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à **direta**, **pessoal** e **imediata** supervisão do Presidente da República.

■ 12.3.6.4. O caso particular do "direito de manifestação" do AGU no controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, § 3.º)

De acordo com o art. 103, § 3.º, CF/88, quando o STF apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que **defenderá** o ato ou texto impugnado.

A grande questão que se coloca é se, de fato, o AGU tem o dever de "defender" o texto impugnado, ou se haveria alguma flexibilidade na literalidade da norma.

Conforme já estudamos no capítulo sobre "controle" (*item 6.7.1.15*), a jurisprudência do STF sofreu importante evolução:

- **ADI 72** — *j. 22.03.90*: enfrentado o tema, o STF posicionou-se, em um primeiro momento, como sendo obrigatória a defesa da lei por parte do AGU. Nesse sentido:

"EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Advogado-Geral da União: **Indeclinabilidade** da defesa da lei ou ato normativo impugnado (cf. art. 103, par. 3.). Erigido **curador da presunção da constitucionalidade da lei**, ao Advogado-Geral da União, ou quem lhe faça as vezes, **não cabe admitir a invalidez da norma impugnada**, incumbindo-lhe sim, para satisfazer requisitos de validade do processo da ação direta, **promover-lhe a defesa**, veiculando os argumentos disponíveis".

- **ADI 1616** — *j. 24.05.2001*: a jurisprudência do STF começa a evoluir, permitindo que o AGU deixe de defender o texto impugnado se já houver manifestação do STF:

"EMENTA: (...) 4. O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3.º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União **não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade** (...)".

- **ADI 3916** — *j. 03.02.2010*: a matéria veio a ser rediscutida e em **maior profundidade**. O Tribunal, por maioria, **rejeitou** a questão de ordem no sentido de suspender o julgamento para determinar ao Advogado-Geral da União que necessariamente apresentasse defesa da lei impugnada, nos termos do art. 103, § 3.º, da CF/88, vencidos os Min. Marco Aurélio (suscitante) e Joaquim Barbosa. Com base na **interpretação sistemática**, o STF entendeu que o AGU tem o **direito de manifestação**, não necessariamente a favor da lei, mas na **defesa da Constituição** e, assim, dos **interesses da União** (art. 131). Ademais, uma questão prática pesou para esse entendimento, qual seja, a **inexistência de sanção** prevista na Constituição em caso de não ser defendida a lei, inclusive de caráter processual, já que, mesmo que o AGU não se manifeste a favor da lei, essa sua atitude não acarretaria a nulidade processual ou o impedimento de julgamento da matéria.

Coletando passagens do julgamento, de fato, o AGU tem a atribuição de exercer o papel de **contraditor do processo objetivo**, mas, conforme visto, não se pode criar um **constrangimento** se a sua convicção jurídica for outra.

Conforme o Min. Ayres Britto, "... a Advocacia-Geral da União defenderá o ato ou o texto impugnado quando possível, quando viável".

A tese a favor da **liberdade de atuação** fica muito mais evidente quando

se tratar de *vício formal de inconstitucionalidade*, pois, nesse caso, não poderia o AGU funcionar como advogado de lei inconstitucional, já que, em essência, deve-se pautar pela **defesa da Constituição**.

Segundo a Min. Cármen Lúcia, a expressão "defesa" prevista no art. 103, § 3.º, deve ser interpretada como a **manifestação** na qual se apresentará a *argumentação que lhe parecer mais adequada*.

Nesse sentido, o art. 8.º, da Lei n. 9.868/99, estabelece que, decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão **manifestar-se**, cada qual, no prazo de 15 dias, não se estabelecendo, na lei, o conteúdo dessa manifestação. Conforme visto, trata-se, então, do *direito de manifestação*.

Segundo o Min. Ayres Britto, "... não se pode constranger o Advogado-Geral da União a ponto de, para defender o ato atacado, **agredir a própria Constituição**; ou seja, ele sairá em defesa da lei menor e em combate da Lei Maior, porque há situações em que a inconstitucionalidade é patente, é evidente".

Assim, dada a gravidade que é a retirada de uma lei do ordenamento por ato jurisdicional contra ato legislativo, cujos "atores" foram diretamente escolhidos pelo povo, de fato, o **contraditor** é o **Advogado-Geral da União**.

Porém, conforme visto, se já houver pronunciamento do STF, ou se a defesa da lei acabar violando a Constituição, parece razoável a interpretação do STF no sentido de ter o AGU o **direito de manifestação**, não tendo que passar pelo constrangimento de defender o ato normativo contrário à Constituição.

■ 12.3.6.5. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

A Constituição estabeleceu que, na **execução da dívida ativa de natureza tributária**, a **representação da União** caberá à **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)**.

Assim, com o novo ordenamento, a PGFN deixou de ter vinculação exclusiva com o Ministério da Fazenda, passando a ser **órgão de direção superior** da nascente **Advocacia-Geral da União**, e se subordinando **direta, técnica** e **juridicamente** ao **Advogado-Geral da União** (art. 2.º, I, "b" e § 1.º, da LC n. 73/93).

De acordo com os arts. 12 e 13, da LC n. 73/93, à *Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, **compete** especialmente:[44]

- apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, **amigável** ou **judicial**;
- representar privativamente a União, na **execução de sua dívida ativa**

de caráter tributário;

- examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao **Ministério da Fazenda**, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial;
- representar a União nas causas de **natureza fiscal**;
- desempenhar as atividades de **consultoria** e **assessoramento jurídicos** no âmbito do **Ministério da Fazenda** e seus órgãos autônomos e entes tutelados.

12.3.6.6. Procuradoria-Geral Federal

Em relação à representação judicial e extrajudicial das **autarquias**[45] *e* **fundações públicas** *federais*, foi prevista a **Procuradoria-Geral Federal**, que está **vinculada** à **Advocacia-Geral da União** (art. 9.º, *caput*, da Lei n. 10.480/2002 e arts. 2.º, § 3.º, e 17, da LC n. 73/93).

Com **autonomia administrativa** e **financeira**, aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete:

- exercer a sua representação judicial e extrajudicial;
- prestar as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos;
- promover a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

12.3.6.7. Procuradoria-Geral do Banco Central

No caso particular do *Banco Central do Brasil*, muito embora seja a instituição uma autarquia, houve regramento **específico** e previsão de **carreira própria** a ser organizada também por **ato normativo**.

Trata-se da **Procuradoria-Geral do Banco Central** que, fazendo parte da estrutura administrativa do *Banco Central do Brasil*, estando em igual sentido **vinculada** à **Advocacia-Geral da União** (arts. 2.º, § 3.º, e 17, da LC n. 73/93), é responsável, com **exclusividade**, por sua assessoria jurídica e representação judicial e extrajudicial, nos termos do art. 4.º da Lei n. 9.650/98 (cf. arts. 164 e 192, CF/88).

12.3.7. Procuradoria-Geral dos Estados e do Distrito Federal

12.3.7.1. Estrutura unitária

A **representação judicial** e a **consultoria jurídica** das respectivas unidades federadas serão exercidas pelos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em **carreira**, na qual o ingresso dependerá de

concurso público de provas e títulos, com a **participação da Ordem dos Advogados do Brasil** em todas as suas fases (art. 132).

Dessa forma, a organização da Procuradoria deverá se implementar dentro de uma **estrutura unitária**, cabendo, com **exclusividade**, aos Procuradores, formalmente constituídos e por concurso público, as atividades de **representação judicial** (salvo eventual impedimento de todos os procuradores) e **consultoria jurídica** (salvo a possibilidade de **eventual** contratação de **pareceres jurídicos** em caso específico e em razão de **notoriedade** de jurista na matéria).

A **única** exceção a esta regra no tocante à administração direta está contida no art. 69 do ADCT, que **permite** aos Estados manter **consultorias jurídicas separadas** de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, **desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções**.

A regra, contudo, é a da exclusividade da representação e consultoria pelos Procuradores do Estado ou do DF.

Nesse sentido, com precisão, o Min. Ayres Britto, ao tratar do assunto, partindo da análise dos arts. 131 e 132 da CF/88, observa que "a simples comparação entre os mencionados dispositivos revela que, no âmbito do **Poder Executivo**, as atividades de **consultoria** e **assessoramento jurídico** são **exclusivamente confiadas pela Constituição Federal aos procuradores de Estado**, com organização em **carreira** e **ingresso por concurso de provas e títulos**, exigida ainda a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases. Isso como condição de **qualificação técnica** e **independência funcional**. Independência e qualificação que hão de presidir a atuação de quem desenvolve as atividades de orientação e representação jurídica, tão necessárias ao regular funcionamento do Poder Executivo. Tudo sob critérios de **absoluta tecnicalidade**, portanto, até porque tais atividades são constitucionalmente categorizadas como 'funções essenciais à Justiça' (Capítulo IV do Título IV da CF). Essa **exclusividade** dos procuradores de Estado para a **atividade de consultoria** e **representação jurídica**, entendidas aqui como assessoramento e procuratório judicial, é **incompatível com a natureza dos cargos em comissão**, que se definem como da estrita confiança da autoridade nomeante, matéria já devidamente examinada pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 1.557, da relatoria da ministra Ellen Gracie; 881-MC, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 1.679, da relatoria do ministro Gilmar Mendes".[46]

Avançando e até destoando da decisão acima, entendemos que nada impediria que o Estado, simetricamente à regra contida no art. 131, fizesse a

previsão, por lei, de **procuradores autárquicos** e de **fundações públicas** em âmbito estadual ou no DF, para a representação judicial e extrajudicial das **autarquias** e **fundações públicas estaduais**, podendo ser considerados **vinculados** à Procuradoria do Estado, claro, sempre por concurso público.

Esse tema foi decidido pelo STF no **RE 558.258** e, nesse sentido, posicionou-se a 1.ª Turma no sentido do voto do Min. Lewandowski (j. 09.11.2010, 1.ª Turma, *DJE* de 18.03.2011).

CUIDADO: o tema precisar ser explicitado pelo Pleno do STF. No precedente anterior (ADI 4.261), o Pleno, nos termos do voto do Relator, havia percebido uma distinção entre a redação dada ao art. 131 e ao art. 132, não havendo, neste, a indicação de órgãos vinculados **(matéria pendente)**.

Entendemos, contudo, e na linha do precedente da 1.ª Turma, razoável a criação da carreira de **advogados públicos** da **administração indireta estadual**, e isso decorreria de **opção política**, devendo estar vinculados à Procuradoria-Geral do Estado ou do DF.

Assim, em seu voto, o Min. Relator, aceitando a existência desses procuradores autárquicos, entendeu que não pode a lei local criar distinções remuneratórias. Ou seja, o art. 37, XI, ao fixar o subteto em 90,25% do subsídio dos Ministros do STF, não distinguiu o "procurador", que pode ser tanto o do Estado, como os *autárquicos* ou de *fundações públicas* (cf. *Inf. 578/STF*).

■ 12.3.7.2. Nomeação e destituição do Procurador-Geral pelo Governador

O **Procurador-Geral do Estado** é o chefe da carreira, não havendo, contudo, previsão constitucional sobre o processo de sua **nomeação** e **destituição**.

Em igual sentido, o texto não define regras sobre o processo de nomeação e destituição do **Procurador-Geral do Distrito Federal**.

Assim, o STF entende que ficou ao encargo do legislador local estabelecer os procedimentos nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do DF, especialmente em razão da **autonomia federativa** e diante da capacidade de auto-organização.

Em razão da **simetria**, contudo, determinou a Corte que as Constituições locais **não podem subtrair do Governador a prerrogativa de nomear e exonerar, livremente, o Procurador-Geral do Estado**. Trata-se, portanto, de **cargo de confiança**, ou seja, de **cargo em comissão**, podendo, assim, o Procurador-Geral ser **demitido *ad nutum***.

Apesar de haver entendimento anterior por parte da Suprema Corte no sentido de que a Constituição estadual poderia estabelecer que a escolha pelo

Governador se desse *dentre membros da carreira* (não sendo essência do cargo em comissão a inexistência de qualquer limite — cf. **ADI 2.581**, j. 16.08.2007), o entendimento **modificado** e **atual** do STF é no sentido de que **não pode haver como limitação o requisito de o advogado ser integrante da carreira da Procuradoria** para ser nomeado Procurador-Geral.

Assim, deve-se seguir simetricamente o procedimento para a escolha do AGU, regrado no art. 131, § 1.º, qual seja, trata-se de cargo de livre nomeação e destituição pelo Chefe do Executivo.

Nesse sentido, não poderia, também, a Constituição estadual, ou a Lei Orgânica do DF, estabelecer que a destituição dependesse de prévia autorização do Legislativo local:

> "EMENTA: (...) A Constituição do Estado do Mato Grosso, ao condicionar a destituição do Procurador-Geral do Estado à autorização da Assembleia Legislativa, ofende o disposto no art. 84, XXV, e art. 131, § 1.º da CF/1988. Compete ao chefe do Executivo dispor sobre as matérias exclusivas de sua iniciativa, não podendo tal prerrogativa ser estendida ao Procurador-Geral do Estado (...). O cargo de Procurador Geral do Estado é de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, que pode escolher o Procurador-Geral entre membros da carreira ou não. Precedentes" (**ADI 291**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 07.04.2010, Plenário, *DJE* de 10.09.2010).>

■ 12.3.7.3. Garantias e impedimentos dos Procuradores do Estado e do DF

Conforme visto, a Constituição foi bastante tímida ao tecer as regras sobre os Procuradores dos Estados e do DF, podendo ser esquematizados os seguintes entendimentos:

- ■ **estabilidade:** aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal, nos termos do art. 132, parágrafo único (*acrescentado pela EC n. 19/98*) é assegurada **estabilidade** (*e não vitaliciedade*) após **3 anos** (*e não 2 anos*) de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. Lembrar que, antes da aludida alteração, a estabilidade dos Procuradores era atingida após **2 anos** de efetivo exercício. De maneira correta, o art. 28 da *EC n. 19/98* assegurou e manteve o prazo de 2 anos aos servidores que se encontravam em estágio probatório quando da promulgação da EC n. 19, sem prejuízo da avaliação especial de desempenho por comissão instituída para tal finalidade (art. 41, § 4.º);
- ■ **remuneração:** a Constituição assegura aos Procuradores de Estado e do DF a remuneração exclusivamente por **subsídio**, bem como a sua **irredutibilidade** (art. 135, c/c o art. 39, § 4.º, CF/88). Nesse sentido, nos termos do art. 37, XV, o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de

cargos e empregos públicos são **irredutíveis**, ressalvado o disposto nos incisos XI (qual seja, **subteto**, limitado a 90,25% do subsídio mensal de Ministro do STF) e XIV (do art. 37) e nos arts. 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I;

■ **inamovibilidade?:** conforme decidiu o STF, "a garantia da inamovibilidade é conferida pela Constituição Federal *apenas* aos *Magistrados*, aos *membros do Ministério Público* e aos *membros da Defensoria Pública*, **não podendo ser estendida aos Procuradores do Estado**" (**ADI 291**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 07.04.2010, Plenário, *DJE* de 10.09.2010);

■ **prerrogativa de foro:** apesar de não existir regra na Constituição, o STF vem admitindo que as Constituições estaduais fixem prerrogativa de foro no TJ para os Procuradores de Estado e do DF (ADI 541, J. 10.05.2007);

■ **independência funcional?:** o STF **não** a aceitou no julgamento da **ADI 470** (j. 1.º.07.2002), entendendo ser inerente a outras categorias, como o Ministério Público. A decisão é anterior à nova composição e **poderia ser repensada** em uma tentativa de flexibilização. Em julgamento mais recente, na **ADI 4.261**, j. 02.08.2010, no voto do Min. Ayres Britto (*vide* passagem no *item 12.3.7.1*, acima), Relator, sustentou a ideia de independência funcional **(tema pendente de explicitação)**;

■ **exercício da advocacia fora das atribuições institucionais:** como não há previsão constitucional, a definição ficou ao encargo das Constituições Estaduais e da Lei Orgânica do DF. Não havendo proibição, poderão advogar. Assim, a análise deverá ser feita de acordo com cada regra estadual (dependendo da prova que forem enfrentar) e, no caso do DF, no *fechamento desta edição*, não havia proibição aos seus Procuradores, que, por consequência, podiam advogar, mas, é claro, desde que não contrariem os interesses do DF.

■ 12.3.8. Procuradoria-Geral dos Municípios

Conforme já estudamos, não houve previsão explícita de *Procuradorias Municipais*, podendo, naturalmente e **desde que observadas as regras constitucionais**, a matéria ser tratada nas Constituições Estaduais, Leis Orgânicas e legislação própria.

André Ramos Tavares ensina que a *procuradoria municipal* "... não foi contemplada pela Constituição como instituição obrigatória (até rendendo-se à realidade de municípios que não teriam como arcar com um quadro de advogados públicos permanentes)".[47]

Não há previsão constitucional proibindo ou permitindo os *Procuradores dos municípios* de advogar fora das atribuições institucionais. Assim, essa definição ficará ao encargo das Constituições Estaduais e leis orgânicas. **Não**

havendo proibição, poderão advogar.

■ 12.4. ADVOCACIA

O art. 133 da CF/88 dispõe que o **advogado**[48] é **indispensável à administração da justiça**, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Surgem, então, dois princípios: ***a)*** **indispensabilidade do advogado**, que não é absoluto, por exemplo, na interposição do *habeas corpus*, que dispensa o advogado; na revisão criminal; nos denominados Juizados de "Pequenas Causas" (em âmbito estadual, nas causas com valor de até 20 salários mínimos — art. 9.º, *caput*, da Lei n. 9.099/95 e, conforme a Lei n. 10.259, de 12.07.2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, nas causas cíveis de até 60 salários mínimos, de acordo com a **possibilidade** de dispensa prevista no art. 10 da referida lei); na Justiça do Trabalho etc.;[49] ***b)*** **imunidade do advogado**, que também não é irrestrita, devendo obedecer aos limites **definidos na lei** (Estatuto da OAB — Lei n. 8.906/94) e restringir-se, como prerrogativa, às manifestações durante o exercício da atividade profissional de advogado.[50]

Requisitos para a inscrição na OAB, como advogado: ***a)*** capacidade civil; ***b)*** diploma ou certidão de graduação em Direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; ***c)*** título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; ***d)*** aprovação em Exame de Ordem; ***e)*** não exercer atividade incompatível com a advocacia; ***f)*** idoneidade moral; e ***g)*** prestar compromisso perante o Conselho (cf. art. 8.º do Estatuto da OAB).

■ 12.5. ESTATUTO DA OAB À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O STF interpretou diversos dispositivos do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94) no julgamento das ADIs 1.127, 1.105, 1.194, 2.522, 3.026 e 3.168. Passaremos a analisá-los.

■ 12.5.1. ADIs 1.105 E 1.127[51]

> ■ Art. 1.º São atividades privativas de advocacia: I — a postulação a **qualquer** órgão do Poder Judiciário e **aos juizados especiais**.

A alegação de inconstitucionalidade da expressão "aos juizados especiais" foi julgada **prejudicada** tendo em vista a superveniência do art. 9.º da Lei n. 9.099/95, que permite que a parte demande sem advogado nas

causas de até 20 salários mínimos.

Contudo, o STF julgou procedente o pedido para declarar a **inconstitucionalidade** da expressão **“qualquer”**, já que a presença dos advogados, como vimos, em certos atos, pode ser dispensada (ex.: juizados especiais, Justiça do Trabalho, impetração do *habeas corpus* e ações revisionais).

> ■ Art. 2.º O advogado é indispensável à administração da justiça. (...) § 3.º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei.

O STF declarou **constitucional** a regra, com fundamento no art. 133 da CF/88, que também remete à lei (ao Estatuto) os limites da referida inviolabilidade.

> ■ Art. 7.º São direitos do advogado: (...) § 2.º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação **ou desacato** puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

O STF declarou a **inconstitucionalidade** da expressão **“ou desacato”**. Ou seja, no exercício da profissão, **o advogado pode ser processado por desacato praticado contra funcionário público**. Estabelecer o *desacato* como imunidade, segundo o STF, criaria desigualdade entre o juiz e o advogado, retirando do juiz a autoridade indispensável para a condução do processo. Veja, também, que o crime de *calúnia* não foi previsto como imunidade para o advogado nos termos da lei. Assim, o advogado também pode ser processado pelo crime de calúnia.

Nesse sentido, “a Turma indeferiu *habeas corpus* impetrado contra decisão de Turma Recursal de Juizado Especial Criminal, que negara provimento a recurso interposto pelo ora paciente, no qual se pretendia a extinção do processo penal de conhecimento contra ele instaurado pela suposta prática do crime de desacato contra policial militar. Invocava-se, na espécie, a aplicação do § 2.º do art. 7.º da Lei n. 8.906/94 (...). Considerou-se o entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADI 1.127/DF (...), no sentido da inconstitucionalidade da expressão ‘e desacato’ contida no aludido dispositivo. **HC 88.164/MG**, Rel. Min. Celso de Mello, 15.8.2006” (*Inf. 436/STF*).[52]

> ■ Art. 7.º São direitos do advogado: (...) II — ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins,

> salvo caso de **busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB** (redação **anterior** à Lei n. 11.767, de 07.08.2008 — *vide* comentário abaixo).

O STF declarou, analisando a redação anterior à Lei n. 11.767/2008, **constitucional**, nos termos do art. 5.º, XII, da CF/88, seja a possibilidade de busca e apreensão em escritório de advocacia, seja a necessidade, nesta hipótese, de acompanhamento de representante da OAB. Naturalmente, se, após ser solicitada, expressamente e em caráter confidencial, a indicar o representante, não o fizer, poderá o Judiciário implementar a busca e apreensão sem que isso gere ilicitude da prova resultante da apreensão.

Cabe alertar que a **Lei n. 11.767/2008** alterou o referido art. 7.º, II, que passou a ter a seguinte redação: "... a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia".

Por sua vez, o art. 7.º, § 6.º, do Estatuto da Advocacia estabelece que, presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de **advogado**, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do *caput* do art. 7.º, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

Tal ressalva, contudo, não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

> ■ Art. 7.º São direitos do advogado: (...) IV — ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB.

O STF julgou **constitucional** a necessidade de representante da OAB para a prisão em flagrante de advogado por motivo ligado ao exercício da advocacia. No entanto, os Ministros fizeram constar que a prisão em flagrante é válida se a OAB, devidamente comunicada, não encaminhar representante em tempo hábil e razoável.

> ■ Art. 7.º São direitos do advogado: (...) V — não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-

Maior, com instalações e comodidades condignas, **assim reconhecidas pela OAB**, e, na sua falta, em prisão domiciliar.

O STF declarou a **inconstitucionalidade** da expressão "assim reconhecidas pela OAB", já que, embora **firmado o direito** de ser recolhido preso em **sala de Estado-Maior**, *antes de sentença transitada em julgado*,[53] na prática quem deve reconhecer se as instalações e comodidades são condignas é o **Estado**, e não a OAB. Isso porque a administração de estabelecimentos prisionais constitui prerrogativa do Poder Público, e não da OAB.

■ Art. 7.º São direitos do advogado: (...) IX — sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido.

O inciso foi declarado **inconstitucional** por violar o princípio do devido processo legal, assim como pelo fato de o contraditório ser estabelecido entre as partes, e não entre estas e o juiz.

■ Art. 7.º São direitos do advogado: (...) § 3.º O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo.

O STF julgou improcedente o pedido sobre esse ponto, entendendo **constitucional** a prerrogativa de só ser preso em flagrante, por motivo da profissão, nas hipóteses de crime inafiançável e tendo a necessidade de um representante da OAB para a lavratura do flagrante.

■ Art. 7.º São direitos do advogado: (...) § 4.º O Poder Judiciário e o Poder Executivo devem instalar, em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, salas especiais permanentes para os advogados, com uso **e controle** assegurados à OAB.

O STF julgou parcialmente o pedido de inconstitucionalidade nesse ponto, entendendo **inconstitucional** a expressão "e controle". Assim, é dever do Judiciário e do Executivo a instalação, em todos os juizados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, de salas especiais permanentes para os advogados; porém, o controle não será da OAB, mas sim da Administração Pública, já que se trata de utilização de bem público.

■ Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: (...) II — membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação

coletiva da administração pública direta e indireta.

O STF julgou parcialmente procedente o pedido e, dando interpretação conforme a Constituição, excluiu da proibição do art. 28, II, do Estatuto da Advocacia os **juízes eleitorais** e seus **suplentes**, que poderão continuar advogando. Deve-se destacar que a afronta é em relação aos arts. 119, II, e 120, § 1.°, III. Assim, podem continuar advogando os juízes eleitorais e suplentes que forem advogados (tendo em vista que a Justiça Eleitoral tem uma composição mista). Isso porque a Justiça Eleitoral não os absorve de modo integral, nem lhes exige exclusividade.

> ■ Art. 50. Para os fins desta Lei, os Presidentes dos Conselhos da OAB e das Subseções podem **requisitar** cópias de peças de autos e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório e órgão da Administração Pública direta, indireta e fundacional.

O Plenário, dando interpretação conforme a Constituição e sem redução de texto, estabeleceu que a "requisição" de cópias deve ser motivada e compatível com as finalidades da lei. Além disso, a OAB deve responsabilizar-se pelos custos e preservar sempre os documentos que estejam cobertos por sigilo.

Finalmente, e para facilitar a vida dos ilustres bacharéis que vão enfrentar o **Exame de Ordem**, observamos que o acórdão da **ADI 1.127**, depois de 4 anos do julgamento, foi publicado e, assim, chegou o momento de sedimentar a matéria:[54]

VAMOS DECORAR

■ o advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo,

pode ser **dispensada** em certos atos jurisdicionais;

- a imunidade profissional é **indispensável** para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público;
- a **inviolabilidade** do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional;
- a presença de representante da OAB em caso de prisão em flagrante de advogado constitui

garantia da **inviolabilidade** da atuação profissional. A cominação de nulidade da prisão, caso não se faça a comunicação, configura sanção para tornar efetiva a norma;

- a prisão do advogado em **sala do Estado-Maior** é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu múnus público;
- a administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do

Estado;

- a sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, **afronta** o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes;
- a imunidade profissional do advogado **não** compreende o **desacato**, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional;
- o múnus constitucional

exercido pelo advogado justifica a garantia de somente ser preso em **flagrante** e na hipótese de **crime inafiançável**;

- o controle das salas especiais para advogados é prerrogativa da **Administração forense**;
- a incompatibilidade com o exercício da advocacia **não** alcança os **juízes eleitorais** e seus **suplentes**, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na Constituição;

- a requisição de cópias de peças e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório ou órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional pelos Presidentes do Conselho da OAB e das Subseções deve ser **motivada**, compatível com as finalidades da lei e precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos

pelo **sigilo**.

■ 12.5.2. ADIs ns. 1.194, 2.522, 3.026 e 3.168

■ Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados — ADI 1.194

Segundo o STF, "... referida norma visa à proteção e segurança dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, salvaguardando-os de eventuais prejuízos decorrentes de irregularidades cometidas por profissionais estranhos ao exercício da advocacia, além de minimizar a possibilidade de enganos ou fraudes" (*Inf. 445*).

■ Honorários de advogado empregado — disponibilidade — ADI 1.194

Ao analisar o art. 21, *caput*, e parágrafo único, da Lei n. 8.906/94, o STF entendeu "... ser possível haver estipulação em contrário entre a parte e o seu patrono quanto aos honorários de sucumbência, haja vista tratar-se de direito disponível" (*Infs. 445 e 547/STF*).

■ O advogado não está obrigado a pagar contribuição sindical — ADI 2.522

O art. 47 do Estatuto da OAB, Lei n. 8.906/94, estabelece que o pagamento da contribuição anual à OAB isenta os inscritos nos seus quadros do pagamento obrigatório da contribuição sindical.

O STF entendeu como **constitucional** a regra: "... Afastou-se a alegação de afronta aos artigos 149 e 150, § 6.º, da CF, ao fundamento de que o dispositivo impugnado foi devidamente veiculado por lei federal, e por se reputar a isenção concedida adequada, e não oportunista, desvinculada da matéria regulada pela lei. De igual modo, rejeitou-se a apontada violação ao princípio da igualdade, por não haver como estabelecer relação de igualdade entre os sindicatos de advogados e os demais no que se refere à regular obtenção da receita oriunda da contribuição sindical, tendo em conta que o art. 44, II, da lei impugnada atribui à OAB a função tradicionalmente desempenhada pelos sindicatos, qual seja a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, com a ressalva de que a defesa promovida pela Ordem alcança todos os inscritos e não apenas os empregados. Repeliu-se ainda a apontada ofensa ao art. 8.º, IV, da CF, uma vez que a contribuição nela prevista não se reveste de compulsoriedade. Também não se acolheu a tese de violação à independência sindical e ao princípio da liberdade de associação, já que o preceito impugnado não é

expressivo de interferência e/ou intervenção na organização dos sindicatos, nem obsta a liberdade dos advogados. Por fim, considerou-se improcedente a assertiva de que o dispositivo hostilizado retiraria do sindicato a fonte essencial de custeio, haja vista a existência de muitas outras receitas dos sindicatos" (ADI 2.522/DF, Rel. Min. Eros Grau, 08.06.2006 — *Inf. 430/STF*).

■ **Os funcionários da OAB não têm de prestar concurso público — ADI 3.026**

O art. 79 do Estatuto determina a aplicação do **regime trabalhista** aos servidores da OAB. Nesse sentido, o STF entendeu ser dispensável a regra do concurso público para os funcionários da OAB, já que esta não integra a Administração Pública.

■ **É constitucional a indenização do art. 79, § 1.º, do Estatuto — ADI 3.026**

O Estatuto da OAB, em seu art. 79, § 1.º, concedeu aos servidores da OAB sujeitos ao regime da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de 90 dias a partir da vigência da lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a 5 vezes o valor da última remuneração.

Aqueles que não optassem pelo regime trabalhista, nos termos do art. 79, § 2.º, do Estatuto, seriam posicionados no **quadro em extinção**, assegurado o direito adquirido ao regime legal anterior.

O STF entendeu que "... a previsão de indenização seria razoável porque destinada a compensar, aos optantes pelo regime celetista, a perda de eventuais direitos e vantagens até então integrados ao patrimônio dos funcionários, e que o dispositivo estatuiu disciplina proporcional e consoante os princípios da igualdade e isonomia. Além disso, o preceito já teria produzido efeitos, devendo ser preservadas as situações constituídas por questões de segurança jurídica e boa-fé" (*Inf. 430/STF*).

■ **É constitucional a regra do art. 10 da Lei n. 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais), que dispensa a presença do advogado nos processos cíveis — ADI 3.168**

O art. 10 da Lei n. 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais) estabelece que as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

O STF entendeu **constitucional** a regra, "... seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça". Essa regra, todavia, vale só para os **processos cíveis**, já que, "... no que respeita aos processos criminais, considerou-se que, em homenagem ao princípio da ampla defesa,

seria imperativo o comparecimento do réu ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe **defesa técnica** de qualidade — advogado inscrito nos quadros da OAB ou defensor público".

Ainda, o entendimento da possibilidade de se dispensar advogado deve restringir-se ao processo cível, já que, por outro argumento, deve-se observar o art. 68 da Lei n. 9.099/95, de aplicação subsidiária (art. 1.º da Lei n. 10.259/2001), "... que determina a imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais" (*Inf. 430/STF*).

■ 12.5.3. Constitucionalidade do Exame de Ordem: vitória para os bacharéis em direito e conquista da sociedade

Como se sabe, o art. 8.º, IV, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94) estabeleceu ser necessária a **aprovação em Exame de Ordem** para **inscrição** como **advogado**.

A "OAB" por sua vez, além de "controlar" a inscrição como advogado do bacharel em direito, participa dos concursos públicos para o ingresso na magistratura, no MP, nas procuradorias dos Estados e do DF, podendo, ainda, ajuizar a ADI e outras ações constitucionais, indicar membros e participar do CNJ, bem como do CNMP.

Diante dessa exigência, muitos bacharéis em direito começaram a se insurgir, e alguns conseguiram decisões judiciais favoráveis, afastando a exigência do *Exame de Ordem*, sob o fundamento dos *princípios da dignidade da pessoa humana*, da *igualdade* e do *livre exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão* (art. 5.º, XIII).

Em **14.12.2009**, os Ministros do STF entenderam haver repercussão geral no **RE 603.583**, que questionava a obrigatoriedade do Exame da OAB para que bacharéis em Direito pudessem exercer a advocacia.

Conforme se observa no site do STF, basicamente, o recorrente alegava, em referido RE, "... ofensa aos artigos 1.º, II, III e IV; 3.º, I, II, III e IV; 5.º, II e XIII; 84, IV; 170; 193; 205; 207; 209, II; e 214, IV e V, da Constituição Federal. Inicialmente, afirmava não haver pronunciamento do STF quanto à constitucionalidade do *Exame de Ordem*. Sustentava, em síntese: 1) caber apenas às instituições de ensino superior certificar se o bacharel é apto para exercer as profissões da área jurídica; 2) que a sujeição dos bacharéis ao referido exame viola o direito à vida e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do livre exercício das profissões, da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem assim que representa censura prévia ao exercício profissional".

Em **26.10.2011**, contudo, o STF, por unanimidade, entendeu **constitucional** referida exigência.

Nos termos da linha de argumentação, o PGR declarou que "'a liberdade profissional não confere um direito subjetivo ao efetivo exercício de determinada profissão, podendo a lei exigir qualificações e impor condições para o exercício profissional', ressaltou. De acordo com o Procurador-Geral, 'no caso da advocacia, diante da **essencialidade da atividade do advogado para a própria prestação jurisdicional**, parece muito consistente a opção do Poder Legislativo no sentido de estabelecer a aprovação do *Exame de Ordem* como condição para o exercício profissional'" (*Notícias STF*, 26.10.2011).

Assim, parece razoável, segundo o STF, o preenchimento da referida exigência normativa, até porque, nos termos do **art. 22, XVI**, compete privativamente à União legislar sobre **as condições para o exercício das profissões**.

Dessa forma, temos que reconhecer que o *Exame de Ordem* surge como um verdadeiro "concurso", nos mesmos moldes e **dificuldades** dos concursos públicos em geral e prestados pelos bacharéis em Direito.

Por mais que pareça estranho dizer, diante da opção política do legislador que entendeu necessário o *Exame de Ordem*, não há dúvida que referida decisão do STF caracteriza-se como **vitória para os bacharéis em direito**, além, é claro, **conquista da sociedade**.

Isso porque a formação do estudante de Direito terá que ser extremamente séria, devendo o aluno se preparar durante os 5 anos de sua graduação.

Indiscutivelmente, as universidades passarão a ser mais cobradas e deverão entregar um **serviço de melhor qualidade**, **adequado** e **suficiente** para que o exame seja enfrentado e superado.

As faculdades que não conseguirem aprovar terão que rever as suas metodologias e aprimorar a formação dos seus alunos.

A decisão do STF, sem dúvida e insistimos, pode ser definida como inegável vitória dos bacharéis em Direito, que deverão receber um ensino adequado e suficiente para o exercício, com autonomia e segurança, da nobre função de advogado, **indispensável para administração da justiça** (art. 133, CF/88).

Parece, ainda, razoável a ponderação do Min. Fux no sentido de **aperfeiçoamento do Exame**, abrindo-o para outros seguimentos da sociedade, até porque os concursos em geral têm a participação de outros órgãos ou entidades que exercem importante fiscalização.

Nessa linha, bem-vinda a proposta do **PL 1.284/2011-CD**, que determina a **obrigatoriedade** de **participação ativa** de **representantes do Ministério Público Federal** e **Estadual**, da **Defensoria Pública da União**, dos **Estados** e

do **Distrito Federal** e de **representantes de entidade representativa de bacharéis** em todas as fases de elaboração, aplicação e correção das provas do *Exame de Ordem* da Ordem dos Advogados do Brasil.

Bacharéis comemorem... A **advocacia** acaba de ser **valorizada**...

12.5.4. Súmula Vinculante n. 5/STF X Súmula n. 343/STJ

Inicialmente, vamos analisar a redação de cada uma das súmulas que, como se verá, estão em **contradição**, devendo, naturalmente, prevalecer o entendimento firmado na **SV n. 5/STF**:

SÚMULA VINCULANTE N. 5/STF	SÚMULA N. 343/STJ
A falta de **defesa técnica** por advogado no *processo administrativo disciplinar* **não** ofende a	É **obrigatória** a presença de advogado em **todas as fases** do *processo administrativ*

Constituição ■ Aprovação: Sessão Plenária de 07.05.2008	*disciplinar* ■ Julgamento 3.ª Seção, em 12.09.2007

Assim, o que o STF firmou não é que a **falta de defesa** não ofende a Constituição, mas que a falta de defesa **técnica**, por **advogado**, não ofende a Constituição, no **processo administrativo disciplinar**.

Dessa forma, fica a critério do servidor, no processo administrativo, contratar ou não advogado para a sua defesa.

Portanto, em nossa opinião — o STJ, até o *fechamento* desta edição, ainda não havia formalmente cancelado a referida S. 343 —, a interpretação estabelecida pelo STJ está **superada**, devendo prevalecer o entendimento firmado pelo STF na SV n. 5.

■ 12.6. DEFENSORIA PÚBLICA[55]

12.6.1. "Ondas renovatórias"

Cappelletti e Garth produziram interessante ensaio para o Projeto de Florença, buscando "... delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas" de acesso à "ordem jurídica justa" (Kazuo Watanabe).[56]

No referido estudo, os autores observam que o processo evolutivo dos instrumentos destacados para solucionar a problemática do acesso efetivo à justiça, nos países do Ocidente, está sedimentado em **3 grandes ondas renovatórias**, cada qual, do seu modo, tentando solucionar a problemática de acesso à ordem jurídica justa.

Nesse sentido, *e retomaremos a análise no* *item 14.10.21* deste estudo, conforme os autores, a **primeira grande onda** teve início em 1965, concentrando-se na assistência judiciária. A **segunda** referia-se às "... reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor". O **terceiro movimento** ou **onda** foi pelos autores chamado de 'enfoque de acesso à justiça', reproduzindo e buscando as experiências anteriores, mas indo além, tentando "... atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo".[57]

Podemos afirmar, portanto, que o estudo da **defensoria pública e da garantia constitucional da assistência jurídica integral e gratuita** encontra fundamento na perspectiva da **primeira onda renovatória** de Cappelletti e Garth.

12.6.2. Assistência jurídica integral e gratuita — aspectos gerais e evolução constitucional

O art. 5.º, LXXIV, da CF/88 dispõe que o Estado prestará **assistência jurídica integral e gratuita** aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Esse direito e garantia fundamental instrumentaliza-se por meio da **Defensoria Pública**, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do art. 134, *caput*, da CF/88.

No Brasil, a **assistência judiciária** só adquiriu *status* de **garantia constitucional** expressa a partir do advento da Constituição de 1934, art. 113 (n. 32), nos seguintes termos: "a União e os Estados concederão aos necessitados *assistência judiciária*, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos".

Esse **direito e garantia individual** foi retirado do texto de 1937, reaparecendo na Constituição de 1946, em seu art. 141, § 35: "o poder

público, na forma que a lei estabelecer, concederá *assistência judiciária* aos necessitados", bem como na de 1967 (art. 150, § 32) e na EC n. 1/69 (art. 153, § 32): "será concedida *assistência judiciária* aos necessitados, na forma da lei".

Finalmente, a regra é aprimorada pelo inciso LXXIV do art. 5.º da CF/88.

Confrontando os textos, percebe-se uma clara distinção terminológica e distintiva entre a **assistência judiciária** prevista nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e EC n. 1/69 e a atual prescrição, muito mais ampla, da garantia de **assistência jurídica, integral e gratuita**.

De acordo com importante distinção destacada por Barbosa Moreira, "a grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo 'judiciário', mas passa a compreender tudo que seja 'jurídico'. A mudança do adjetivo qualificador da 'assistência', reforçada pelo acréscimo 'integral', importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera *judicial*, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos".[58]

■ 12.6.3. Competência constitucional legislativa para a instituição da Defensoria Pública e as particularidades da regra para o DF

Nos termos do art. 24, XIII, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente **(competência concorrente)** sobre *assistência jurídica* e *defensoria pública*. Isso significa que a **União** legislará sobre **normas gerais** e os **Estados**, sobre regras **específicas**. O caso particular do **DF** é analisado logo abaixo.

Pode a Câmara Legislativa do DF também legislar sobre o assunto em razão da suposta abertura do art. 24, XIII?

Nos termos do art. 134, § 1.º (antigo parágrafo único renumerado pela **EC n. 45/2004**), **lei complementar** organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais (art. 24, XIII) para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Por seu turno, o art. 61, § 1.º, II, "d", da CF/88 prevê serem de **iniciativa**

exclusiva do Presidente da República (portanto indelegáveis) as leis que disponham sobre a organização da Defensoria Pública da União, bem como **normas gerais** para a organização da Defensoria Pública dos **Estados**, do **Distrito Federal** e dos **Territórios**.

O art. 48, IX, dispõe que o Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, disporá sobre a organização **administrativa**, **judiciária** da Defensoria Pública da **União** e dos **Territórios** e organização **judiciária** da **Defensoria Pública do Distrito Federal**.

Não podemos nos esquecer dos arts. 21, XIII, e 22, XVII, que prescrevem ser a Defensoria Pública do DF e dos Territórios **organizada** e **mantida** pela **União**.

E como harmonizar todos esses dispositivos legais?

Percebam que, apesar do disposto nos arts. 21, XIII, e 22, XVII, o art. 24, XIII, estabeleceu regra da **competência concorrente** na hipótese de **assistência jurídica** e **defensoria pública**. Como se lembra, no âmbito da competência concorrente, a União se limita a estabelecer normas gerais e os Estados, assim como o DF (no exercício da competência estadual), as regras específicas. Isso significa que, embora a Defensoria Pública do DF (e Territórios) seja organizada e mantida pela União, o constituinte permitiu parte de sua regulamentação (e disse apenas para o DF) pela Câmara Legislativa.

Mas como assim? Bom, veja que o art. 61, § 1.º, II, "d", fala somente em normas gerais para a organização da Defensoria do DF, o que significa que se abre a possibilidade de a Câmara Legislativa do DF legislar sobre normas específicas, dando sentido à regra do art. 24, XIII (não podemos simplesmente desprezar uma regra constitucional).

Essa ideia é reforçada pelo art. 48, IX, citado, que estabelece caber ao Congresso dispor sobre a **organização judiciária** da Defensoria do DF. E a **organização administrativa?** É aí que fechamos o raciocínio, harmonizando os dispositivos no sentido de que as normas gerais de **organização administrativa** (competência "burocrática") serão disciplinadas pela União e as específicas, pelo DF. Mas somente em relação à competência administrativa, já que a judiciária será amplamente disciplinada pelo Congresso Nacional por meio de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República.

E por que o constituinte não deixou somente no art. 24, XIII, a referida regra? Em primeiro lugar porque fez uma distinção entre competência **administrativa** e **judiciária**. Em segundo, parece-nos, não teve a intenção de permitir o exercício incondicional da competência suplementar (sobre matéria administrativa) pelo DF em caso de inércia da União para legislar

sobre normas gerais. Ou seja, só se permite a legislação distrital após a prévia edição de lei federal sobre normas gerais.

Assim, a competência para legislar sobre a **organização judiciária** da Defensoria do DF é toda da União. Tratando-se de competência sobre **organização administrativa**, aí sim, vale a regra da competência concorrente do art. 24, XIII. Mas, neste caso, a norma específica só poderá ser editada após a edição de norma geral lei federal pela União.[59]

Cabe alertar, contudo (e isso mostraria conhecimento em fase oral, especialmente no DF), que a União, embora a previsão legal e constitucional, ainda não instituiu, de fato e efetivamente, a Defensoria Pública do DF e Territórios, cujo papel, desde a criação, em 1987, do *Centro de Assistência Judiciária do Distrito Federal* vem sendo "patrocinado" pelo Governo do DF.

Essa situação será resolvida com a aprovação da "*PEC paralela do Poder Judiciário*", **PEC n. 358/2005** (PEC n. 29-A-SF — já aprovada em 2.º turno), que volta à Câmara dos Deputados, modificando, dentre outras, as regras dos arts. 21, XIII; 22, XVII; 48, IX; e 134, transferindo, definitivamente e se adequando à realidade local, a Defensoria Pública do DF para o próprio DF, deixando esta de ser organizada e mantida pela União (o que, na prática, nunca aconteceu, diga-se de passagem!).[60]

Para as provas, todavia, deixamos bem claro, conforme visto, que **a Defensoria Pública do DF e Territórios é organizada e mantida pela União**.

Nesse sentido, a Lei Complementar n. 80, de 12.01.1994 (alterada pela LC n. 98, de 03.12.1999, bem como pela LC n. 132, de 07.10.2009),[61] organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, prescrevendo normas gerais para a sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.[62]

Nos termos do art. 2.º da referida LC, a Defensoria Pública abrange:

- a Defensoria Pública da União;
- a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; e
- as Defensorias Públicas dos Estados.

O art. 14 da LC n. 80/94 estabelece que a Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União.

Assim, percebe-se que nos Estados teremos tanto a Defensoria Pública

da União (restringindo a sua atuação nos graus e instâncias administrativas federais) como a dos Estados. No DF e Territórios (quando criados), também a Defensoria Pública da União e a do DF e Territórios, lembrando, porém, que esta última será organizada e mantida pela União (arts. 21, XIII, e 22, XVII), destacando as particularidades apontadas acima.

■ 12.6.4. O fortalecimento da Defensoria Pública pela EC n. 45/2004 (Reforma do Judiciário)

A EC n. 45/2004, por seu turno, fortaleceu as Defensorias Públicas Estaduais ao constitucionalizar a autonomia funcional e administrativa e fixar competência para proposta orçamentária, nos termos do § 2.º, inserido no art. 134: "§ 2.º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2.º".

O então Senador Bernardo Cabral, primeiro relator da Reforma, em seu parecer observou que "a atribuição da autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas, e o poder de iniciativa de sua proposta orçamentária, conferirá a essas instituições uma importante desvinculação do Poder Executivo, com o qual não guardam qualquer relação de afinidade institucional, além de propiciar um fortalecimento da instituição e da consequente atuação institucional".

Referida autonomia financeira é consolidada pela nova regra do art. 168 da CF/88,[63] na medida em que, conforme também observou Bernardo Cabral, passa a existir "... previsão de repasse direto do duodécimo orçamentário até o dia 20 de cada mês. A negativa desse repasse configura descumprimento de ordem constitucional e, portanto, crime de responsabilidade, pela letra do art. 85 da Constituição Federal".

■ 12.6.5. Existe Defensoria Pública Municipal?

Não, assim como não há MP e Judiciário municipais. O que existem são núcleos da Defensoria Pública, tanto a Federal como a Estadual, nos Municípios (ou deveria existir, tendo em vista o pouco desenvolvimento da carreira, infelizmente...).

■ 12.6.6. Algumas problemáticas já decididas pela jurisprudência do STF e do STJ

■ 12.6.6.1. A indispensabilidade do concurso público para ingresso na carreira

O art. 134, § 1.º (renumerado pela **EC n. 45/2004**), estabelece a

necessidade de **concurso público de provas e títulos** para o **ingresso** na carreira, devendo apenas ser observado o art. 22 do ADCT, que assegura aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, independentemente, **para essa situação específica**, da forma de investidura,[64] com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição.

Com base nessas regras, qualquer outra forma de investidura na carreira sem concurso público deverá ser refutada, sendo inconstitucionais as leis que assim estabelecerem (cf. arts. 5.º, *caput*; 37, *caput*, II e V, e precedentes do *STF*: ADI 1.267/AP, Rel. Min. Eros Grau, 30.09.2004 (*Inf. 363/STF*); ADI 1.219-MC/PB (*DJU* de 31.03.1995); ADI 2.125-MC/DF (*DJU* de 29.09.2000); ADI 1.500/ES (*DJU* de 16.08.2002); ADI 2.229/ES, Rel. Min. Carlos Velloso, 09.06.2004) etc.

■ 12.6.6.2. Servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no "exercício regular" de suas funções tem direito à "assistência judiciária" do Estado? Essa atribuição pode ser destinada à Defensoria Pública Estadual?

O STF entendeu, ao apreciar o art. 45 da CE/RS ("o servidor público processado, civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções terá direito à assistência judiciária do Estado"), que referida regra "... **não** viola a CF, uma vez que apenas outorga, de forma ampla, um direito funcional de proteção do servidor que, agindo regularmente no exercício de suas funções, venha a ser processado civil ou criminalmente...".

Contudo, "... em relação à alínea *a* do Anexo II da Lei Complementar gaúcha 10.194, de 30 de maio de 1994, que definia como atribuição da Defensoria Pública estadual a assistência judicial aos servidores processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais, o STF (...) considerou-se que **a norma ofendia o art. 134 da CF**, haja vista alargar as atribuições da Defensoria Pública estadual, extrapolando o modelo institucional preconizado pelo constituinte de 1988 e comprometendo a sua finalidade constitucional específica". Nesse ponto, "... por maioria, atribuiu-se o efeito dessa decisão a partir do dia 31.12.2004, a fim de se evitar prejuízos desproporcionais decorrentes da nulidade *ex tunc*, bem como permitir que o legislador estadual disponha adequadamente sobre a matéria" (ADI 3.022/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 18.08.2004 — *Inf. 355/STF*).

Assim, a chamada "assistência judiciária", desde que em razão de ato praticado no **exercício regular** de suas funções, está reconhecida pelo STF,

mas desde que prestada pelo **Procurador de Estado**,[65] e não pelo Defensor Público estadual, sob pena de violar a **finalidade constitucional específica** da Defensoria, que é a prestação da assistência jurídica integral e gratuita **aos que comprovarem insuficiência de recursos**.

Naturalmente, se o servidor assim for considerado (insuficiência de recursos), poderá requerer o patrocínio da Defensoria, mas a regra não pode ser generalizada para qualquer servidor público do Estado.

12.6.6.3. Prazo em dobro e intimação pessoal: prerrogativas da Defensoria Pública. A questão da regra do prazo em dobro para o processo penal. "Lei ainda constitucional"

Nos termos dos arts. 44, I; 89, I; e 128, I, da LC n. 80/94, são prerrogativas dos membros da Defensoria Pública receber **intimação pessoal** em qualquer processo e grau de jurisdição,[66] contando-se-lhe em **dobro todos os prazos**.[67]

Para o **processo civil**, a regra não sofreu qualquer repreensão por parte do STF, até porque há equivalente para o MP e a Fazenda Pública nos termos do art. 188 do CPC.

Mas, para o **processo penal**, em relação ao **prazo em dobro**, na medida em que o MP não goza de tal prerrogativa, questionou-se se, de fato, a regra poderia ser estabelecida para a Defensoria Pública quando atua como defensora de acusação formulada pelo MP, especialmente em relação aos princípios da isonomia e do devido processo penal.

O STF, ao analisar o tema do **prazo em dobro para o processo penal**, entendeu que referida regra é constitucional até que a Defensoria Pública efetivamente se instale. Trata-se do que já estudamos e chamamos de "lei ainda constitucional", ou "lei em trânsito para a inconstitucionalidade", ou "inconstitucionalidade progressiva" (*item 6.7.1.6*, no qual analisamos o precedente do **HC 70.514**).

Assim, o prazo em dobro para o processo penal só valerá enquanto a Defensoria Pública ainda não estiver eficazmente organizada. Quando tal se verificar, a regra tornar-se-á **inconstitucional**.

Isso significa que referida regra poderá ser **"ainda constitucional"** em determinado Estado, que está implementando a Defensoria, mas inconstitucional em outro, que já eficazmente instalou a Defensoria.

12.6.6.4. As prerrogativas do prazo em dobro e da intimação pessoal valem para Procuradores do Estado no exercício da assistência judiciária, como foi o caso de São Paulo?

Conforme vimos, os arts. 44, I; 89, I; e 128, I, da LC n. 80/94 fixaram

como prerrogativas dos membros da Defensoria Pública receber **intimação pessoal** em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhes em **dobro todos os prazos**.

O art. 5.º, § 5.º, da Lei n. 1.060/50 (acrescentado pela Lei n. 7.871/89), por sua vez, estabeleceu que nos Estados onde a assistência judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, **ou quem exerça *cargo* equivalente**, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

Assim, o STF decidiu que "aos procuradores dos Estados no exercício de assistência judiciária é reconhecida a prerrogativa do recebimento de intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição (art. 128, I, da LC 80/94), porquanto investidos na função de defensor público" (*Inf. 251/STF*).[68]

12.6.6.5. As prerrogativas do prazo em dobro e da intimação pessoal valem para os advogados dativos?

O candidato estudioso e os advogados devem ficar bem atentos neste ponto, em relação aos advogados dativos, na medida em que inexiste **vínculo estatal**, diferentemente do que acontece com os Procuradores do Estado ou quem exerce cargo (público) equivalente.

Nesse sentido, pedimos vênia para transcrever o *Inf. 219/STF*, que reproduz o entendimento do STF em um primeiro momento: "**não** se estendem aos **defensores dativos** as prerrogativas processuais da intimação pessoal e do prazo em dobro asseguradas aos **defensores públicos em geral** e aos **profissionais que atuam nas causas patrocinadas pelos serviços estaduais de assistência judiciária** (Lei n. 7.871/89 e LC 80/94) (...). Precedentes citados: Pet. 932-SP (*DJU* de 14.09.1994) e AG 166.716-RS (*DJU* de 25.05.1995). CR (AgRg-AgRg) 7.870 — Estados Unidos da América, Rel. Min. Carlos Velloso, 07.03.2001. (CR-7870)".

No STJ, as 3.ª S., 3.ª Turma, 4.ª Turma, 5.ª Turma, 6.ª Turma assim se posicionaram, mas somente em relação ao **prazo em dobro:** "a contagem em dobro dos prazos processuais, prevista no art. 5.º, § 5.º, da Lei n. 1.060/50, somente é aplicável nos feitos em que atue *Defensor Público ou integrante do serviço estatal de assistência judiciária*, **não se incluindo nessa condição o defensor dativo e o advogado particular, mandatário de beneficiário da justiça gratuita**".

No tocante à **intimação pessoal em matéria penal**, cuidado! A regra é nova, superando o entendimento anterior do STF. Mas, vejam, em relação, somente, à intimação pessoal.

Assim, para saber se o dativo tem direito à intimação pessoal, devemos analisar qual o momento do ato. Se a intimação se deu antes da **Lei n. 9.271/96**, que incluiu o § 4.º no art. 370 do CPP, vale a regra citada no *Inf. 219/STF*, qual seja, a **inexistência** do direito à intimação pessoal para o dativo. Por outro lado, se a intimação se deu após o advento da referida lei, o dativo deve ser intimado **pessoalmente**.[69]

Nesse sentido, "a partir da edição da Lei 9.271/96, que incluiu o § 4.º ao art. 370 do CPP, os defensores nomeados, dentre os quais se inclui o **defensor dativo**, passaram também a possuir a **prerrogativa da intimação pessoal**. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia a anulação de ação penal, em virtude da ausência de intimação pessoal de defensor dativo para o julgamento de apelação. Sustentava-se, na espécie, a obrigatoriedade dessa intimação, sob o argumento de que a Lei 1.060/50 não fez distinção entre defensores dativo e público. Considerando que, no caso, a intimação do defensor dativo da pauta de julgamento da apelação ocorrera via publicação no *Diário de Justiça*, em data anterior ao advento da mencionada Lei 9.271/96, entendeu-se incidente o princípio do *tempus regit actum*, a afastar a exigência legal. Vencido o Min. Marco Aurélio, que, tendo em conta a peculiaridade da inexistência, à época, de defensoria pública no Estado de São Paulo, deferia o *writ* para tornar insubsistente o julgamento da apelação, determinando que outro se realizasse com a intimação pessoal do defensor dativo, ao fundamento de que a Lei 1.060/50 previa não só a intimação do próprio defensor público, como também daquele que atuasse em sua substituição. Precedente citado: HC 89.315/SP (*DJU* de 13.10.2006). **HC 89.710/SP**, Rel. Min. Cármen Lúcia, 12.12.2006" (*Inf. 452/STF*).

Assim, como anota o Ministro Lewandowski, no precedente da matéria **(HC 89.315)**, "... com o advento da Lei n. 9.271/96, que incluiu o § 4.º ao art. 370 do CPP, tornou-se obrigatória a intimação pessoal dos defensores nomeados, sejam eles defensores públicos, procuradores da assistência judiciária ou defensores dativos" (j. 19.09.2006, *DJ* de 13.10.2006).

Resumindo, para o advogado dativo, nos termos do entendimento do STF:

- **não** há a prerrogativa do prazo em dobro;
- em relação à **intimação pessoal em matéria penal**, depende do momento do ato (*tempus regit actum*). Se a intimação se deu antes da Lei n. 9.271/96, que incluiu o § 4.º ao art. 370 do CPP, **não** há a prerrogativa da intimação pessoal para o dativo;[70]
- contudo, se a intimação está sendo realizada (em matéria penal) **após**

o advento da Lei n. 9.271/96, o advogado dativo deve ser intimado pessoalmente, nos termos do art. 370, § 4.º, do CPP.

12.6.6.6. As prerrogativas do prazo em dobro e intimação pessoal para a Defensoria Pública aplicam-se ao rito especial dos Juizados?

Em observância aos princípios da **celeridade**, **isonomia** e **especialidade**, a *Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais junto ao Conselho da Justiça Federal* entendeu que o prazo em dobro para a Defensoria Pública não se aplica ao rito dos juizados especiais.[71]

"No pedido de uniformização, a Turma Nacional não acatou a tese da DPU relativa ao prazo privilegiado, considerando que o fato de a Lei Complementar conferir a prerrogativa de prazo em dobro para os defensores públicos não autoriza a Turma Nacional a privilegiá-los no âmbito dos Juizados Especiais Federais, uma vez que os Juizados são guiados pelo princípio da isonomia entre as partes. O art. 9.º da Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, diz que nenhuma pessoa jurídica de Direito Público goza de prazos privilegiados".[72]

O STF, por seu turno, em relação à intimação pessoal, já se posicionou: "é **dispensável**, no âmbito dos juizados especiais, a intimação pessoal das partes, inclusive do representante do Ministério Público e defensores nomeados, bastando que a mesma se faça pela imprensa oficial. Afasta-se, dessa forma, o § 4.º do art. 370 do CPP, para a aplicação, com base no **princípio da especialidade**, do § 4.º do art. 82 da Lei 9.099/95 ('as partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa')...".[73]

Nessa linha, o art. 7.º da **Lei n. 12.153, de 22.12.2009**, que institui os **Juizados Especiais da Fazenda Pública**, estabelece que **não haverá prazo diferenciado** para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 dias.

12.6.6.7. Defensor público pode exercer a advocacia fora de suas atribuições institucionais?

NÃO.

Nos termos do art. 134, § 1.º, lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e **vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais**.[74]

Nesse sentido, o defensor público só pode advogar para cumprir a sua missão constitucional, que é a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos.

E como ficam os defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte? Em relação a eles, também, está vedada a advocacia fora de suas atribuições institucionais, nos termos do **art. 22 do ADCT**, que assegura a opção pela carreira da Defensoria desde que se observem as **garantias** e **vedações** previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição. Como vedação, portanto, está a proibição de prestar o serviço de advocacia fora dos ditames constitucionais.

■ 12.6.6.8. Inconstitucionalidade progressiva — art. 68 do CPP — "lei ainda constitucional"

Conforme vimos ao estudar o assunto (*item 6.7.1.6.3*), a atribuição de legitimidade ao MP para o ajuizamento de ação civil *ex delicto*, em tese, violaria a finalidade específica da Defensoria Pública, que tem a missão constitucional de defesa dos necessitados na forma da lei.

A Defensoria Pública, no entanto, em muitos Estados, ainda está em vias de efetiva implementação.

Assim, vem o STF entendendo, de maneira acertada, que o art. 68 do CPP é uma lei **"ainda constitucional"** e que está **em trânsito, progressivamente, para a inconstitucionalidade**, à medida que as Defensorias Públicas forem, **efetiva** e **eficazmente**, sendo instaladas.[75]

Vale dizer, instalada eficazmente a Defensoria, a ação não mais poderá ser ajuizada pelo MP, devendo ser assumida pelo defensor, inclusive, em nosso entender, em processos que estiverem em curso.

■ 12.6.6.9. A Defensoria Pública pode propor ação civil pública?

A Lei n. 11.448, de 15.01.2007, ao alterar o art. 5.º da Lei n. 7.347/85, legitimou a **Defensoria Pública** para o ajuizamento da ação civil pública.

Resta saber se a nova regra deve ser interpretada ampliativamente.

Entendemos que a ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública deverá adequar-se à sua **finalidade constitucional específica**, qual seja, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos **necessitados**, na forma do art. 5.º, LXXIV.

Nessa linha já havia decidido o STF, no julgamento da **ADI 558**,[76] que "confinou" o ajuizamento da ACP em relação a "associação ou a consumidor carentes de recursos para o patrocínio privado" (ref. na ADI 3.022).

Tratava-se de análise da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Em

razão de referida decisão em sede de cautelar, a CE/RJ foi alterada pela EC n. 37, de 31.05.2006, que limitou o ajuizamento de ação civil pública pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro "em favor das **associações necessitadas** que incluam entre suas finalidades estatutárias a proteção ao meio ambiente e a de outros interesses difusos e coletivos" (art. 179, § 2.º, V, "e", da CE/RJ), bem como estabeleceu como função institucional da Defensoria Pública o patrocínio dos "direitos e interesses do consumidor lesado, **desde que economicamente hipossuficiente**, na forma da Lei".

O art. 4.º, VII, da LC n. 80/94 (na redação conferida pela LC n. 132/2009), estabelece ser função institucional da Defensoria Pública, promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Resta aguardar como o STF vai interpretar a novidade trazida pela Lei n. 11.448/2007, especialmente diante da **ADI 3.943**, ajuizada pela CONAMP em 16.08.2007 **(matéria pendente de julgamento)**.

Conforme se noticia, a "... CONAMP alega que a possibilidade da Defensoria Pública propor, sem restrição, ação civil pública 'afeta diretamente' as atribuições do Ministério Público. Segundo a associação, a lei contraria os artigos 5.º, LXXIV, e 134, da Constituição Federal, que versam sobre as funções da defensoria pública de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos suficientes. 'Aqueles que são atendidos pela defensoria pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis', portanto, 'não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais', alega a CONAMP" (*Notícias STF, 21.08.2007*).

Com o máximo respeito, aguardando ainda a posição do STF, entendemos que não há qualquer vício de inconstitucionalidade, especialmente em razão da tutela "molecularizada" do processo coletivo e da indisponibilidade do objeto. Assim, em razão da natureza do objeto da ação civil pública, não se tem como partir o interesse transindividual. Vamos aguardar...

■ 12.6.6.10. O Defensor Público pode receber honorários advocatícios?

Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública é **vedado**, segundo a lei orgânica, **receber**, a qualquer título e sob qualquer pretexto, **honorários**, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições.

Porém, nos termos do art. 4.º, XXI, da LC n. 80/94, são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras, executar e receber as

verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, **inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos**, reservando-as a **fundos** geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores.

Cabe alertar que, no dia **03.03.2010**, a Corte Especial do **STJ** editou a **súmula n. 421**, que tem o seguinte teor: "os honorários advocatícios **não são devidos** à Defensoria Pública quando ela atua **contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença**".

Com o máximo respeito, não concordamos com essa orientação, especialmente em relação à *defensoria pública estadual*, que passou a ter ampla autonomia a partir da EC n. 45/2004 (art. 134, § 2.º, CF/88).

A regra da LC n. 80/94 parece bastante razoável especialmente porque os honorários advocatícios, que são devidos em razão da condenação nas verbas sucumbenciais, não sairão de "um bolso" para voltar para "o mesmo bolso". Isso porque a destinação do dinheiro será para **fundos** geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao seu aparelhamento e à capacitação profissional de seus membros e servidores.

Portanto, com o máximo respeito, não concordamos com a posição do STJ, restando aguardar a solução a ser dada pelo STF **(matéria pendente)**.

■ 12.6.6.11. O Defensor Público tem a garantia da vitaliciedade ou a da estabilidade?

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro estabeleceu que o Defensor Público, após dois anos de exercício na função, não perderia o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado.

Essa questão foi levada ao STF, que entendeu ser **inconstitucional** a referida previsão (cf. ADI 230/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1.º.02.2010).

Isso porque, nos termos do art. 41, são **estáveis** após **3 anos** de efetivo exercício os **servidores** nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, podendo perder o cargo:

- em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
- mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
- mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

■ 12.6.6.12. O Defensor Público tem a garantia da inamovibilidade?

SIM.

De acordo com o art. 134, § 1.º, lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e

prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da **inamovibilidade** e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

■ 12.6.6.13. Remuneração

A Constituição assegura aos Defensores Públicos a remuneração exclusivamente por **subsídio**, bem como a sua **irredutibilidade** (art. 135, c/c o art. 39, § 4.º, CF/88).

Nesse sentido, nos termos do art. 37, XV, o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são **irredutíveis**, ressalvado o disposto nos incisos XI (qual seja, **subteto**, limitado a **90,25%** do subsídio mensal de Ministro do STF) e XIV (do art. 37) e nos arts. 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I.

■ 12.6.6.14. O Defensor Público tem poder de requisição?

A questão foi analisada pelo STF no julgamento da **ADI 230/RJ** (Rel. Min. Cármen Lúcia, 1.º.02.2010), que analisava a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que estabelecia ser **prerrogativa** do Defensor Público **requisitar**, *administrativamente, de autoridade pública e dos seus agentes ou de entidade particular: certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências, necessários ao exercício de suas atribuições*.

Essa previsão, aliás, está explicitada em diversas passagens da **LC n. 80/94**, destacando-se:

- ■ **art. 8.º, XVI:** atribuição do Defensor Público-Geral Federal;
- ■ **art. 8.º XIX:** atribuição do Defensor Público-Geral Federal — nesse ponto avançando ao ser referir à requisição de força policial;
- ■ **art. 44, X:** prerrogativa dos membros da Defensoria Pública da União;
- ■ **art. 56, XVI:** atribuição do Defensor Público-Geral do Distrito Federal e dos Territórios;
- ■ **art. 89, X:** prerrogativa dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;
- ■ **art. 128, X:** prerrogativa dos membros da Defensoria Pública do Estado.

O STF, contudo, entendeu que referido poder de requisição, ao analisar a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, era **inconstitucional** por estar sendo conferido "... ao defensor público prerrogativas que implicariam, além de interferência em outros poderes, prejuízo na paridade de armas que deve haver entre as partes" (*Inf. 573/STF*).

Conforme noticiado, "seguiu-se um debate sobre a interpretação conforme, com a preocupação de não se criar um 'superadvogado', com 'superpoderes', o que quebraria a igualdade com outros advogados, que precisam ter certos pedidos deferidos pelo Judiciário" (*Notícias STF*, de 1.º.02.2010 — *acórdão pendente de publicação*).

Essa deve ser a tendência para a solução dos dispositivos da LC n. 80/94 que fixam a prerrogativa de requisição no mesmo sentido.

■ 12.6.6.15. A Defensoria Pública Estadual pode atuar nos Tribunais Superiores?

SIM.

A questão foi discutida pelo STF, que entendeu **não** haver **exclusividade** da Defensoria Pública da União de atuação em Tribunais Superiores, como, no caso, no STJ.[77]

Isso porque, nos termos do art. 106, *caput* e parágrafo único, da LC n. 80/94, a **Defensoria Pública do Estado** prestará assistência jurídica aos necessitados, em **todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas do Estado**, cabendo interpor recursos aos Tribunais Superiores, quando cabíveis.

■ 12.7. QUESTÕES[78]

■ 12.7.1. Ministério Público

1. (MP/78.º/SP) Leis que organizem o Ministério Público da União e a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo são, respectivamente, de iniciativa privada:

a) da Câmara dos Deputados e da Assembleia Legislativa;
b) do Presidente da República e do Governador do Estado;
c) do Procurador-Geral da República e do Procurador-Geral do Estado;
d) do Congresso Nacional e da Assembleia Legislativa;
e) da Câmara dos Deputados e do Procurador-Geral do Estado.

Resposta: "b". Em relação à organização do Ministério Público da União, de fato, a Constituição dispõe ser hipótese de competência privativa do Presidente da República (art. 61, § 1.º, II, "d"). No entanto, o constituinte originário de 1988 estabeleceu exceção a esta regra, no art. 128, § 5.º, onde atribuiu competência, também, ao Procurador-Geral da República para dispor sobre a organização do Ministério Público da União. Assim, a questão poderia estar mais bem formulada referindo-se à competência concorrente entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República. No tocante à organização da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, a CE/SP, em seu art. 23, § 2.º, "4", confere iniciativa exclusiva ao Governador do

Estado.

2. (MP/74.º/Matéria Complementar/SP): Ausente o Promotor que iria oficiar em sessão do Tribunal do Júri, pode o Juiz Presidente, para evitar o adiamento, nomear Promotor ad hoc? Justifique.

Resposta: Não, por força do art. 129, § 2.º, que exige que as funções do Ministério Público só sejam exercidas por integrantes da carreira e em decorrência do princípio do promotor natural, na medida em que, além de ser julgado por um julgador independente e pré-constituído (princípio do juiz natural), o acusado tem, também, o direito constitucional de ser acusado por um órgão independente do Estado, vedando-se a designação de promotores *ad hoc* (art. 129, I, c/c os arts. 129, § 2.º, e 5.º, LIII).

3. (MP/73.º/Matéria Complementar/SP): Quais são os princípios institucionais do Ministério Público?

Resposta: Os princípios institucionais do Ministério Público, segundo o art. 127, § 1.º, são a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (*vide* parte teórica).

4. (MP/73.º/Matéria Complementar/SP): Em que consiste a vitaliciedade do membro do Ministério Público?

Resposta: Decorridos 2 anos do efetivo exercício (estágio probatório), o membro do Ministério Público só poderá perder o cargo por sentença judicial transitada em julgado (art. 128, § 5.º, I, "a"). O art. 38, § 1.º, da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) estabelece que o membro vitalício somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos casos de: *a*) prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado; *b*) exercício da advocacia; e *c*) abandono do cargo por prazo superior a 30 dias corridos. A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores, na forma da lei orgânica.

5. (MP/73.º/Matéria Complementar): O membro do Ministério Público pode participar de sociedade comercial?

Resposta: O art. 128, II, "c", da CF/88 veda a participação em sociedade comercial, na forma da lei. A Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), por seu turno, veda o exercício de comércio ou a participação de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista. Assim, poderá participar como cotista ou acionista.

6. (MP/75.º/Matéria Complementar/SP): Como é escolhido e destituído

o Procurador-Geral de Justiça?

Resposta: Vide parte teórica.

7. (MP/75.º/Matéria Complementar/SP): Como são resolvidos os conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público de primeira instância?

Resposta: A resposta encontra-se no art. 10, X, da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que atribui a competência ao Procurador-Geral de Justiça, que, inclusive, designará quem deverá oficiar no feito.

8. (MP/78.º/SP) Tício, aprovado em concurso de provas e títulos, é nomeado Promotor de Justiça Substituto do Estado de São Paulo. Toma posse perante o Procurador-Geral de Justiça, em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores, mas deixa de entrar em exercício no prazo legal. A autoridade administrativa competente deverá:

a) proclamar o abandono do cargo;
b) abrir sindicância administrativa a fim de apurar os fatos;
c) revogar a nomeação, aproveitando a vaga de acordo com a ordem de classificação no concurso;
d) promover o anulamento da nomeação, declarando vago o cargo, para provimento futuro;
e) desligá-lo do cargo.

Resposta: "b".

9. (MP/79.º/SP) Qual destes órgãos prescinde, em sua composição, de membros do Ministério Público?

a) Superior Tribunal de Justiça;
b) Superior Tribunal Militar;
c) Tribunal Superior do Trabalho;
d) Tribunal Superior Eleitoral;
e) Tribunal de Contas da União.

Resposta: "d". Dentre os órgãos acima, o Ministério Público só não participa do TSE (que é composto, de acordo com o art. 119 da CF/88, por 3 Ministros do STF, 2 do STJ e 2 advogados). Por outro lado, haverá membro do Ministério Público na composição do: *a*) STJ (art. 104, II); *b*) STM (art. 123, II); *c*) TST (art. 111, § 1.º, I); e *d*) TCU (art. 73, § 2.º, I, lembrando que, como já vimos, o Ministério Público que atua junto ao TCU, apesar de ter os mesmos direitos, vedações e forma de investidura que o Ministério Público da União, não está vinculado a esta última carreira, mas ao próprio TCU).

10. (MP/79.º/SP) O Corregedor-Geral do Ministério Público é eleito:

a) pelo Colégio de Procuradores;
b) pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores;
c) pelo Conselho Superior do Ministério Público;
d) por todos os integrantes da carreira;
e) por todos os integrantes da carreira, exceto os não vitalícios.

Resposta: "a". De acordo com o art. 16, *caput*, da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), dentre Procuradores de Justiça, para mandato de 2 anos, permitida uma recondução.

11. (MP/79.º/SP) Compete ao Conselho Superior do Ministério Público decidir:

a) sobre o vitaliciamento de membro do Ministério Público;
b) sobre as normas da organização das Procuradorias de Justiça;
c) sobre as normas do concurso de ingresso à carreira do Ministério Público;
d) sobre o pedido de revisão de processo administrativo disciplinar;
e) sobre o afastamento de membro do Ministério Público da carreira.

Resposta: "a". De acordo com o art. 15, VII, da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

12. (MP/82.º/SP) A Constituição Federal não atribui ao Ministério Público a função institucional de:

a) defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
b) representar judicialmente entidades públicas;
c) promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
d) exercer o controle externo da atividade policial;
e) exercer funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Resposta: "b". As outras alternativas estão previstas expressamente na CF, como funções institucionais do MP, nos incisos V, I, VII e IX, do art. 129, na sequência das alternativas propostas. O inciso IX do art. 129, em sua última parte, veda, expressamente, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, função esta não atribuída ao MP pela CF e, portanto, a resposta esperada pelo examinador.

13. (Magistratura MG — 2004/2005) NÃO se compreende nas funções institucionais do Ministério Público:

a) expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência;
b) representação judicial de entidades públicas;
c) exercício do controle externo da atividade policial, na forma de lei complementar;

d) defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas;
e) requisição de diligências investigatórias e instauração de inquérito policial.

Resposta: "b". Art. 129, IX, parte final. As outras funções institucionais estão previstas: *a*) inciso VI; *c*) inciso VII; *d*) inciso V; *e*) inciso VIII, todos do art. 129 da CF/88.

14. (PROC/MP/MG/2007) De acordo com a Constituição Federal, o Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado, dentre integrantes da carreira maiores de trinta e cinco anos, pelo:

a) Conselho Nacional do Ministério Público, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de três anos, permitida a recondução.
b) Presidente da República, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, para mandato de dois anos, permitida a recondução.
c) Supremo Tribunal Federal, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, para mandato de dois anos, permitida a recondução.
d) Presidente da República, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.
e) Presidente da República, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, para mandato de três anos, permitida a recondução.

Resposta: "d".

15. (Analista Judiciário/TSE/2007) O Ministério Público Eleitoral:

a) é um órgão do Ministério Público da União.
b) é um órgão do Ministério Público Federal.
c) é um órgão do Ministério Público dos Estados.
d) não integra o rol dos órgãos do Ministério Público definido pela Constituição da República.

Resposta: "d".

16. (Delegado-TO/CESPE/UnB-2008) Entre as funções institucionais do Ministério Público, estão o controle da atividade policial e a requisição de diligências investigatórias e da instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Resposta: "certo".

17. (Analista judiciário/PB/TJ PB 2008) NÃO constitui função institucional do Ministério Público:

a) Promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição.
b) Defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.
c) Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.
d) Expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência.
e) Exercer o controle interno da atividade policial.

Resposta: “e”.

18. (Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia — FCC 2010) Os membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas dos Estados

a) possuem estabilidade após três anos de efetivo exercício do cargo.
b) estão administrativamente vinculados ao Ministério Público do Estado, embora exerçam funções junto ao Tribunal de Contas.
c) atuam como procuradores do Tribunal de Contas, devendo defender os interesses deste órgão.
d) podem exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastaram após três anos do afastamento por aposentadoria ou exoneração.
e) não podem exercer outra função pública, exceto uma de magistério, a não ser que estejam em disponibilidade.

Resposta: “d”.

19. (50.º MP/MG — 2010) Segundo dicção expressa da Constituição Federal, compete ao Conselho Nacional do Ministério Público:

I. o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros;
II. rever mediante provocação, exclusivamente, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;
III. receber e conhecer as reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, apenas no caso de omissão do órgão correicional da instituição;
IV. zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Está CORRETO o que se afirma:

a) apenas em I e III.
b) apenas em II.
c) apenas em I e IV.

d) apenas em II e III.

Resposta: “c”.

■ 12.7.2. Advocacia

1. (OAB/109.º) Em procedimento administrativo disciplinar instaurado contra funcionário público em determinado órgão do Poder Executivo, o advogado do funcionário, ao apresentar defesa, emitiu opinião desfavorável a respeito da conduta do funcionário chefe do seu cliente. Sentindo-se ofendido em sua honra, o funcionário chefe iniciou ação penal por crime de injúria contra o advogado. Habeas corpus impetrado em favor do advogado trancou a ação penal, sob o fundamento:

a) da liberdade de expressão, independentemente de censura;
b) da liberdade de manifestação do pensamento;
c) da inviolabilidade do advogado por manifestações no exercício da profissão;
d) da aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Resposta: “c”. De acordo com o art. 133 da CF/88, observadas as regras do Estatuto da OAB, Lei n. 8.906/94. Entendemos que essa questão deveria ser demandada na prova de Ética.

2. (Analista Judiciário TRT 9.ª R. Administrativa — FCC 2010) Em matéria de funções essenciais à Justiça, analise:

I. Representação da União na execução da dívida ativa de natureza tributária.
II. Representação judicial das respectivas unidades federadas, salvo o Distrito Federal.

As referidas representações cabem, respectivamente:

a) à Advocacia-Geral da União e ao Ministério Público dos Estados.
b) à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e aos Procuradores dos Estados.
c) ao Ministério Público Federal e aos Procuradores dos Estados.
d) à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e às Defensorias Públicas dos Estados.
e) às Defensorias Públicas da União e aos Advogados credenciados.

Resposta: “b”. Arts. 131, § 3.º, e 132.

3. (Procurador da Assembleia Legislativa de SP/FCC/2010) A Advocacia-Geral da União:

I. é a instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente.
II. tem por competência, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e

assessoramento jurídico do Poder Executivo.

III. tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Congresso Nacional dentre os funcionários de carreira maiores de trinta e cinco anos, de reputação ilibada.

IV. tem por competência a execução da dívida ativa de natureza tributária da União.

Está correto o que se afirma APENAS em

a) I e II.
b) I e III.
c) I e IV.
d) II e III.
e) III e IV.

Resposta: "a".

4. (Exame da OAB Unificado 2010.2 — FGV) Considerando que, nos termos dispostos no art. 133 da Constituição do Brasil, o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo até mesmo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, é correto afirmar que:

a) a imunidade profissional não pode sofrer restrições de qualquer natureza.
b) nenhuma demanda judicial, qualquer que seja o órgão do Poder Judiciário pelo qual tramite, independentemente de sua natureza, objeto e partes envolvidas, pode receber a prestação jurisdicional se não houver atuação de advogado.
c) a inviolabilidade do escritório ou local de trabalho é assegurada nos termos da lei, não sendo vedadas, contudo, a busca e a apreensão judicialmente decretadas, por decisão motivada, desde que realizada na presença de representante da OAB, salvo se esta, devidamente notificada ou solicitada, não proceder à indicação.
d) a prisão do advogado, por motivo de exercício da profissão, somente poderá ocorrer em flagrante, mesmo em caso de crime afiançável.

Resposta: "c".

■ 12.7.3. Defensoria Pública

1. (Analista Administrativo MPU — CESPE/2010) Julgue os itens a seguir, referentes ao Poder Judiciário e às funções essenciais à justiça.

A CF assegura autonomia funcional, administrativa e financeira às defensorias públicas estaduais, por meio das quais o Estado cumpre o seu dever constitucional de garantir às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à justiça.

Resposta: "Certo". Cf. art. 134, § 2.º.

2. (CESPE/UnB — DPU — 08.08.2004) Acerca da Defensoria Pública da União (DPU), do direito administrativo e do direito constitucional, julgue os itens a seguir.

191. O defensor público-geral da União, tal como o Procurador-Geral da República e os ministros do STF, somente pode ser nomeado após ter o seu nome aprovado pelo Senado Federal.

Resposta: "Certo". De fato, os Ministros do STF e o PGR são nomeados pelo Presidente da República após a sua aprovação pela maioria absoluta do SF (arts. 101, parágrafo único, e 128, § 1.º, da CF/88). Em relação ao Defensor Público-Geral da União, o art. 6.º da LC n. 80/94 estabelece: "a Defensoria Pública da União tem por chefe o Defensor Público-Geral, nomeado pelo Presidente da República, dentre integrantes da carreira maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, precedida de nova aprovação do Senado Federal".

192. Considere a seguinte situação hipotética. Ronaldo, cidadão brasileiro pobre, necessita de assistência jurídica extrajudicial. Nessa situação, a DPU não pode prestar a referida assistência, porque os órgãos que compõem essa instituição voltam-se exclusivamente à prestação de assistência judicial.

Resposta: "Errado". Conforme vimos e nos termos do art. 1.º da LC n. 80/94, "a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei".

193. Se a DPU firmasse convênio com a Defensoria Pública do Estado do Pará para que os defensores públicos estaduais atuassem em nome da DPU junto a determinados órgãos jurisdicionais de primeiro e segundo graus de jurisdição, esse convênio seria nulo porque não podem ser delegadas, por via contratual, competências fixadas em lei.

Resposta: "Errado", em razão de expressa previsão para o estabelecimento de convênio nos termos do art. 14, § 1.º, da LC n. 80/94, incluído pela LC n. 98/99.

194. Considere a seguinte situação hipotética. Em atenção ao pleito do governador de um estado, o presidente da República editou decreto determinando a remoção, de ofício, para a DPU nesse estado de cinco defensores públicos que exerciam suas funções no Distrito Federal, com o objetivo de possibilitar um melhor atendimento à população. Nessa situação, seria nulo o referido decreto presidencial de remoção.

Resposta: "Certo", nos termos do art. 79 da LC n. 80/94, na medida em que "os membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios são inamovíveis, salvo se apenados com remoção compulsória, na forma desta Lei Complementar".

3. (CESPE/UnB — DPU — 08.08.2004) Julgue os itens seguintes,

relacionados à Defensoria Pública.

182. O defensor público deve ser intimado pessoalmente de todos os atos processuais, sob pena de nulidade.

Resposta: "Certo".

183. O benefício do prazo em dobro para recorrer é concedido aos defensores públicos, mas não se estende àqueles que fazem parte do serviço estatal de assistência judiciária.

Resposta: "Errado", já que, como visto, também se estende aos que fazem parte do serviço estatal.

4. (CESPE/UnB — DP São Paulo — 2006) Aos defensores públicos é vedado:

a) filiar-se a partido político;
b) exercer o magistério;
c) fazer parte de sociedade comercial;
d) integrar associação civil;
e) exercer a advocacia fora de suas atribuições institucionais.

Resposta: "e", cf. art. 134, § 1.º, da CF.

5. (CESPE/UnB — DP Aracaju — 2005) No que se refere à disciplina da defensoria pública na Constituição Federal de 1988, julgue os itens a seguir:

5.1 Conforme entendimento do STF, a constituição estadual pode ampliar as atribuições da defensoria pública dos estados, como, por exemplo, para a defesa de servidores públicos em razão do exercício de cargos públicos.

5.2 A disciplina sobre organização e funcionamento da defensoria pública no âmbito dos estados e do DF é matéria inserida na competência concorrente, de forma que compete à União legislar, por meio de lei complementar, sobre normas gerais, e aos estados e o DF, sobre normas específicas.

5.3 A atribuição dos defensores públicos não se estende à defesa dos necessitados em processos administrativos.

Resposta: Item 5.1 — *errado*, nos termos da análise feita na parte teórica deste estudo (*item 12.6.6.2*); Item 5.2 — *errado*, nos termos do art. 134, § 1.º. Item 5.3 — *errado*, trata-se da prestação da assistência jurídica, integral e gratuita, que engloba tanto a assistência judiciária como a fora do processo judicial, englobando, assim, o processo administrativo.

6. (Procurador do Ministério Público Especial de Contas — TCM/BA — FCC/2011) A Constituição da República assegura IGUALMENTE aos membros das carreiras de advocacia pública e defensoria pública

a) estabilidade após dois anos de efetivo exercício, mediante avaliação de

desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

b) remuneração por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.
c) possibilidade de exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, observadas as condições estabelecidas em lei.
d) autonomia funcional para exercer a representação judicial e a consultoria jurídica dos entes da federação aos quais se vinculem.
e) ingresso nas classes iniciais das carreiras mediante concurso público, de provas e títulos, com a participação da Procuradoria-Geral da República e da Ordem dos Advogados do Brasil, em todas as fases.

Resposta: “b”.

7. (Defensor Público/AM — Instituto Cidades/2011) O Defensor Público do Estado do Amazonas em exercício no Município de Parintins recebe em seu gabinete pais de crianças entre zero e cinco anos de idade, que não possuem condições de pagar advogado sem prejuízo do sustento de suas famílias, reclamando da insuficiência de vagas em creches mantidas pelo poder público municipal. Nesse caso, o Defensor Público:

a) não deverá tomar qualquer providência, porque o aumento da oferta de vagas em creches é questão que envolve custos ao erário e, portanto, está no âmbito da discricionariedade administrativa.
b) não deverá tomar qualquer providência, porque, embora não haja ofensa ao princípio da reserva do possível, a Defensoria Pública não tem competência para o ajuizamento de ação civil pública, devendo apenas encaminhar os pais ao Ministério Público local para solucionar a questão.
c) ajuizará ação judicial, visando a tornar efetivo o acesso e o atendimento em creches e unidades de pré-escola, em face do dever jurídico-social imposto ao Município pela Constituição Federal de 1988, mas não obterá êxito em última instância, por representar indevida ingerência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas afetas ao Executivo.
d) ajuizará ação judicial, visando a tornar efetivo o acesso e o atendimento em creches e unidades de pré-escola, em face do dever jurídico-social imposto pela Constituição Federal de 1988 e pelo caráter de fundamentalidade de que se acha impregnado o direito à educação, de tal sorte a autorizar o Judiciário a proferir provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional.
e) irá sugerir a cada um dos pais presentes que impetrem mandado de segurança, individual ou em litisconsórcio ativo, com apoio no direito à educação infantil, pois esta é a única via judicial apropriada e a Defensoria Pública não está apta a utilizá-la.

Resposta: “d”.

12.7.4. Geral

1. (PGE/Procurador do Estado SP — 2005) Analise as seguintes afirmativas sobre as funções essenciais da Justiça.

I. O Ministério Público é o órgão encarregado de promover, privativamente, a ação penal pública e de ajuizar, exclusivamente, a ação civil pública.

II. Nos moldes do que dispõe a Constituição Federal, a lei complementar organizará a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para a sua organização nos Estados, e somente às Defensorias Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa.

III. Os Procuradores dos Estados integram a advocacia pública e exercem a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, sendo dispensada a prova da qualidade de procurador nos autos judiciais, uma vez que o seu mandato decorre diretamente da lei.

IV. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo absolutamente inviolável em suas funções, não podendo, consequentemente, ser processado por crime de calúnia praticado contra juiz.

Está correto somente o que se afirma em

a) I e II.
b) I e III.
c) I e IV.
d) II e III.
e) II e IV.

Resposta: "d". O erro do item "I" está em dizer que o MP é legitimado exclusivo para a ACP. Como se sabe, os arts. 5.º da LAPC e 82 do CDC fixam a legitimação concorrente e disjuntiva (cf. 129, I e III, da CF/88). O item "II" reproduz o art. 134, § 1.º, e exigia o conhecimento da EC n. 45/2004, que, de fato, só fixou autonomia funcional e administrativa às Defensorias estaduais. A "PEC Paralela" do Judiciário, quando for aprovada, é que estenderá referida autonomia às Defensorias da União e do DF. O item "III" encontra respaldo no art. 132 da CF/88 e nas leis que organizam as carreiras. Finalmente, o item IV encontra fundamento no art. 133 da CF/88 e exigia o conhecimento do art. 7.º, § 2.º, da Lei n. 8.906/94 (cf., também, ADIs 1.127 e 1.105).

2. (MPT/2006) Quanto às funções essenciais à Justiça:

I. as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição;

II. os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, assegurando-se-lhes estabilidade após

três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias;

III. à Defensoria Pública incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, assim considerados, pela Constituição Federal, os que comprovarem insuficiência de recursos.

Analisando-se as asserções acima, pode-se concluir que:

a) todas estão corretas;
b) todas estão incorretas;
c) apenas a de número I está correta;
d) apenas a de número III está incorreta;
e) não respondida.

Resposta: "a".

3. (TJ DF/2007) No trato das Funções Essenciais à Justiça, tal como preconizado na Constituição Federal de 1988, é incorreto afirmar:

a) Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, de acordo com os limites legais;
b) Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas e serão estáveis após dois anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias;
c) Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;
d) A lei pode disciplinar a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações exarados no exercício da profissão.

Resposta: "b". Art. 132, parágrafo único, da CF/88.

4. (TJ MG EJEF 2008) A Constituição da República estabelece as funções essenciais à Justiça e discrimina regras sobre o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública:

a) O advogado, conquanto indispensável à administração da justiça, não possui inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.
b) A Defensoria Pública Estadual constitui órgão integralmente subordinado ao Poder Executivo e não lhe é assegurada autonomia alguma, quer funcional ou administrativa.
c) A legitimação do Ministério Público para as ações civis mencionadas no texto constitucional e na lei impede a de terceiros.
d) Ao Ministério Público compete, dentre outras funções institucionais,

exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar.

Resposta: “d”. Art. 129, VII, da CF/88.

5. (Auditor Público Externo — TCE/RS — FMP-RS/ 2011) Sobre as funções essenciais à justiça na Constituição da República Federativa do Brasil, assinale a alternativa correta.

a) Não é constitucionalmente obrigatória a participação da Ordem dos Advogados do Brasil no concurso público de provas e títulos para ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União e das Defensorias Públicas da União e dos Estados.

b) O Chefe da Advocacia-Geral da União é nomeado pelo Presidente da República após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal.

c) A partir da EC n. 45/2004, está constitucionalmente garantida à Defensoria Pública da União e às Defensorias Públicas Estaduais a autonomia funcional e administrativa.

d) Os membros do Ministério Público nos Tribunais de Conta dos Estados são cedidos pelo Ministério Público Estadual, asseguradas as mesmas garantias constitucionais e observados os mesmos impedimentos aos membros do órgão de origem.

e) Exige-se do bacharel em direito no mínimo três anos de atividade jurídica para o ingresso na carreira do Ministério Público, da Advocacia Pública, da União e dos Estados, e das Defensorias Públicas da União e dos Estados.

Resposta: “a”, na medida em que a exigência é apenas para os concursos de Procurador do Estado ou do DF (art. 132 e, por exclusão, os arts. 131, § 2.º, e 134, § 1.º). A *letra “b”* está errada, na medida em que o AGU é de livre nomeação do Presidente da República, nos termos do art. 131, § 1.º. A *letra “c”* está errada, pois referida autonomia, conforme visto, é apenas para a defensoria pública estadual (art. 134, § 2.º). A *letra “d”* está errada, na medida em que o MP junto ao TC deve ser entendido como um MP especial, não podendo haver o aproveitamento (art. 130 e parte teórica). A *letra “e”* está errada, pois a quarentena de entrada só é exigida, explicitamente, para a carreira da magistratura e do MP.

[1] H. N. Mazzilli, *Introdução ao Ministério Público*, p. 38. Sobre a expressão *parquet*, que, do francês, significa **assoalho**, Mazzilli observa que o seu uso entre nós “... provém da tradição francesa, assim como *magistrature débout* (magistratura de pé) e *lês gens du roi* (as pessoas do rei). Os *procuradores do rei*, antes de adquirirem condição de magistrados e terem assento a seu lado, no estrado, tiveram assento sobre o assoalho da sala de audiências” (op. cit., p. 38, nota 3). Assim, enquanto a *magistratura de pé* pode ser a origem do Ministério

Público, ela não se confundia com a *magistratura sentada*, quais sejam, os magistrados da época.

[2] L. A. D. Araujo, V. S. Nunes Jr., *Curso de direito constitucional*, 13. ed., p. 409.

[3] Para aprofundamento da matéria e críticas à escolha "inadequada" da lei ordinária, cf. H. N. Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, Cap. 6, passim e **RE 262.178-DF**, *Inf. 211/STF*.

[4] Os artigos citados referem-se à Lei Orgânica do Ministério Público da União, **LC n. 75/93**, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do MPU.

[5] Nos termos do art. 96, § 3.º, da Lei n. 9.504/97 (*que estabelece normas para as eleições*), os Tribunais Eleitorais designarão 3 **juízes auxiliares** para a apreciação das reclamações ou representações que lhes forem dirigidas. Como referidas medidas são dirigidas aos Tribunais Eleitorais, a atuação ministerial se implementa pelo *Procurador Regional Eleitoral*. Os recursos contra as decisões dos *juízes auxiliares* serão julgados pelo Plenário do Tribunal.

[6] No termos do art. 118, IV, CF/88, as **Juntas Eleitorais** são **órgãos da Justiça Eleitoral**. De acordo com o art. 36 do *Código Eleitoral* (Lei n. 4.737/65), compor-se-ão as Juntas Eleitorais de **1 juiz de direito**, que será o *presidente*, e de **2** ou **4 cidadãos de notória idoneidade**, devendo os seus membros serem nomeados 60 dias antes da eleição, depois de aprovação do *Tribunal Regional*, pelo presidente deste, a quem cumpre também designar-lhes a sede. Ainda, estabelece o art. 40 do *Código Eleitoral* ser **competência** das Juntas Eleitorais: **I)** apurar, no prazo de 10 dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição; **II)** resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração; **III)** expedir os boletins de apuração mencionados no art. 178; **IV)** expedir diploma aos eleitos para cargos municipais. Assim, defendendo o *regime democrático*, em todos esses atos, temos a participação do **MP Eleitoral** (trata-se de função do MPF, portanto, federal, exercida pelo MP Estadual).

[7] L. C. dos S. Gonçalves, *Direito eleitoral*, p. 8 (original sem grifos).

[8] L. C. dos S. Gonçalves, op. cit., p. 9.

[9] José Afonso da Silva ensina não se tratar, em realidade, de "**mandato**". Segundo o mestre, "... esse tipo de 'mandato' é, na realidade, mera *investidura a tempo certo*, por isso mesmo é que pode ser interrompida antes de terminar o prazo, embora não ao inteiro alvedrio da autoridade nomeante..." (arts. 128, §§

2.º e 5.º — *Curso de direito constitucional positivo*, 22. ed., p. 583).

[10] Para se ter um exemplo, no Estado de São Paulo, a matéria vem disciplinada no art. 10 da LC n. 734/93, que estabelece a nomeação do Procurador-Geral de Justiça pelo Chefe do Executivo (Governador de Estado), dentre os Procuradores de Justiça integrantes da lista tríplice, que será formada pelos Procuradores de Justiça mais votados em eleição, mediante voto obrigatório, secreto e plurinominal de todos os membros do MP do quadro ativo da carreira.

[11] No Estado de São Paulo, o art. 18 da LC n. 734/93 estabelece que, após a aprovação da destituição, o Colégio de Procuradores de Justiça, diante da comunicação da Assembleia Legislativa, declarará vago o cargo de Procurador-Geral de Justiça e cientificará, imediatamente, o Conselho Superior do MP para que, caso não tenha baixado as normas regulamentadoras para elaboração da lista tríplice, de acordo com o art. 10 da referida LC, expeça-as, nos termos da aludida normatização.

[12] De acordo com o art. 93, da LC n. 75/93, o **Colégio de Procuradores do Trabalho**, *presidido* pelo *Procurador-Geral do Trabalho*, é **integrado** por **todos os membros da carreira em atividade no Ministério Público do Trabalho**.

[13] De acordo com o art. 95, da LC n. 75/93, o **Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho**, *presidido* pelo *Procurador-Geral do Trabalho*, tem a seguinte composição: **I)** o **Procurador-Geral do Trabalho** e o **Vice-Procurador-Geral do Trabalho**, que o integram como membros natos; **II) 4 Subprocuradores-Gerais do Trabalho**, eleitos para um mandato de 2 anos, pelo *Colégio de Procuradores do Trabalho*, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, permitida uma reeleição; **III) 4 Subprocuradores-Gerais do Trabalho**, eleitos para um mandato de dois anos, por seus *pares*, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, permitida uma reeleição.

[14] De acordo com o art. 126, da LC n. 75/93, o **Colégio de Procuradores da Justiça Militar**, *presidido* pelo *Procurador-Geral da Justiça Militar*, é **integrado** por **todos os membros da carreira em atividade no Ministério Público da Justiça Militar**.

[15] De acordo com o art. 128, da LC n. 75/93, o **Conselho Superior do Ministério Público Militar**, *presidido* pelo *Procurador-Geral da Justiça Militar*, tem a seguinte composição: **I)** o **Procurador-Geral da Justiça Militar** e o **Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar**; **II)** os **Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar**.

[16] De acordo com o art. 54, da LC n. 75/93, o **Conselho Superior do Ministério Público Federal**, *presidido* pelo *PGR*, tem a seguinte composição: **I) Procurador-Geral da República** e o **Vice-Procurador-Geral da República**, que o integram como membros natos; **II) 4 Subprocuradores-Gerais da República** eleitos, para mandato de 2 anos, na forma do art. 53, III, permitida 1 reeleição; **III) 4 Subprocuradores-Gerais da República** eleitos, para mandato de dois anos, por seus *pares*, mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, permitida uma reeleição.

[17]**SV n. 9/STF:** "O disposto no artigo 127 da Lei n. 7.210/1984 (*Lei de Execução Penal*) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58". **CUIDADO:** Deve-se observar que o julgamento da **RCL 7.358** se deu em **24.02.2011** e, assim, antes do advento da **Lei n. 12.433, de 29.06.2011**, que, em nosso entender, ensejará a indispensável **revisão** ou **cancelamento** da referida súmula vinculante. Isso porque, se na redação original do art. 127 da LEP, na interpretação dada pelo STF, a prática de falta grave ocasionava a perda de **todos** os dias remidos, na redação atual, estabelecida pela Lei n. 12.433/2011, o juiz poderá revogar até o **limite máximo** de **1/3 do tempo remido**, observado o art. 57 (conferir se a referida súmula foi revista — **matéria pendente**. Outros comentários à referida súmula no *item 11.14.12*).

[18] Nesse sentido, cf.: **Rcl 7.101**, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.02.2011, Plenário, *DJE* de 09.08.2011; **Rcl 7.358**, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24.02.2011, Plenário, *DJE* de 03.06.2011. *Em sentido contrário*, em nosso entender **superado** em razão dos precedentes citados, cf.: Rcl 4.453-MC-AgR-AgR/SE, j. 04.03.2009, *DJE* de 26.03.2009, assim como Rcl 6.541 e Rcl 6.856.

[19] No mesmo sentido, cf.: Rcl 4.980-MC-AgR, Rcl 5.543-AgR, Rcl 4.931-AgR, Rcl 5.079-AgR, Rcl 5.304-ED, Rcl 6.482-MC-AgR-AgR, Rcl 5.381-ED, Rcl 4.091-AgR, Rcl 4.592-AgR, Rcl 4.787-AgR, Rcl 4.924-AgR, Rcl 4.989-AgR, Rcl 7.931-AgR etc.

[20] Cf. Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 148.

[21] P. C. P. Carneiro, *O Ministério Público no processo civil e penal — promotor natural:* atribuição e conflito, 6. ed., p. 96.

[22] N. Nery Jr., *Princípios do processo na Constituição Federal*, 9. ed., p. 168-169.

[23] O § 2.º do art. 127 teve a sua redação alterada pela EC n. 19/98.

[24] "A vitaliciedade vale muito mais que a mera estabilidade, antes concedida, porque condiciona a perda do cargo à existência de sentença judicial que a imponha; enquanto a estabilidade limita-se a garantir a realização de regular processo administrativo (LOMP, art. 38, inc. I)" (Antônio C. de Araújo Cintra et al., *Teoria geral do processo*, p. 215).

[25] Cf., também, art. 15, VIII, da Lei n. 8.625/93 (ao dispor sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados) e art. 211 da Lei Complementar n. 75/93 (que dispõe sobre a organização, atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União).

[26] Como já vimos, essa garantia também abrange os magistrados (art. 95, III) e ocupantes de cargos e empregos públicos, na medida em que o art. 37, XV, estabelece que o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são **irredutíveis**, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV do art. 37 e nos arts. 39, § 4.º; 150, II; 153, III; e 153, § 2.º, I.

[27]*Vide* art. 28, II, da Lei n. 8.906, de 04.07.1994 (Estatuto da Advocacia e a OAB). "A sadia proibição de exercer a advocacia vem da legislação paulista. A experiência, que sobreviveu em vários Estados, mostrou que o promotor-advogado falha na devida dedicação à sua nobre função pública e comumente dá preponderância aos interesses da banca, além de perder a indispensável imparcialidade. Aqueles que clandestinamente continuarem advogando incorrem em grave falta funcional" (A. C. A. Cintra, A. P. Grinover, C. R. Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 216).

[28] Cf., também, RO 999/TSE, que serviu de precedente para o voto monocrático do Ministro Peluso, com certa particularidade, qual seja, o membro do MP já ser Deputado Federal quando do advento da EC n. 45/2004 e ter feito a opção do art. 29, § 3.º, do ADCT em outubro de 1988. No caso indicado (RO 1.070 — Fernando Capez), a manifestação pelo regime anterior se deu em 28.03.2006, e à época da promulgação da EC n. 45/2004 o recorrente exercia a função de promotor.

[29] "... com isso, só para os novos integrantes da Instituição prevalece o veto aos afastamentos indiscriminados e por tempo indeterminado, para prestar serviços de qualquer natureza a órgãos do Poder Executivo. O Ministério Público não será uma Instituição realmente independente e dotada de toda a desejável postura altaneira, enquanto tais ligações não tiverem fim" (A. C. A. Cintra, A. P. Grinover, C. R. Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 216).

[30] Para uma sistematização dos conceitos sobre a **tutela dos interesses metaindividuais**, cf. Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 40-112. Sobre o assunto, a **S. 643/STF, 24.09.2003:** "o Ministério Público tem legitimidade

para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de **mensalidades escolares**”. Ainda: **a) S. 470/STJ, de 24.11.2010**: “o Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do **DPVAT** em benefício do segurado”; **b) S. 329/STJ, de 02.08.2006**: “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do **patrimônio público**”. Nesse sentido, cf.: “**Ação civil pública para proteção do patrimônio público**. Art. 129, III, da CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como **substituto processual de toda a coletividade** e, consequentemente, na defesa de autêntico interesse **difuso**, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4.º, da Lei 8.429/1992)” (RE 208.790, j. 27.09.2000). Ainda: RE 225.777, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, j. 24.02.2011, Plenário, *DJE* de 29.08.2011.

[31]Nos termos do art. 17, § 1.º, da Res. n. 14, de 06.11.2006, “a prova preambular **não poderá ser formulada com base em entendimentos doutrinários divergentes ou jurisprudência não consolidada dos tribunais**. As opções consideradas corretas deverão ter embasamento na legislação, em súmulas ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores”. Nesse sentido, também, a Res. n. 75/2009 do CNJ. Muito bem-vinda a regra que fortalece o que tenho dito a todos os “concurseiros” do Brasil: fiquem atentos à jurisprudência dos Tribunais. Leiam informativos e notícias dos Tribunais. Esta é a minha “luta” constante em manter o “nosso” **Esquematizado** sempre atualizado.

[32] Cf. **HC 93.930**, j. 07.12.2010, podendo a íntegra do voto do Min. Celso de Mello ser encontrada em *Notícias STF*, de 13.12.2010.

[33] O meu ilustre e incansável leitor pode encontrar o inteiro teor da referida *resolução* no site do **CNMP**: <http://www.cnmp.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes-index>.

[34] Nesse sentido manifestou-se o STF ao analisar dispositivos da Lei n. 8.443/92: “... O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na *intimidade estrutural* dessa Corte de Contas, que se acha investida — até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, *caput*, *in fine*) — da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro pessoal e à criação dos cargos respectivos” (STF, Pleno, ADI 798-1-DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 19.10.1994).

[35] Conforme visto, não se pode esquecer de que essa **previsão de advocacia** por parte dos **membros do MPF** foi **temporária**, até a edição da **lei complementar**, já que, antes do surgimento da Advocacia-Geral da União, esta atribuição, no regime anterior, ficava ao encargo do Ministério Público (cf. *item 12.2.7.3*). Nesse sentido, o art. 29, § 2.º, do ADCT, estabeleceu que aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será **facultada** a opção, de **forma irretratável**, entre as carreiras do **Ministério Público Federal** e da **Advocacia-Geral da União**, situação esta regulamentada no art. 61, da LC n. 73/93 e no art. 282 da LC n. 75/93.

[36]Conforme anotou André Ramos Tavares, a *procuradoria municipal* "... não foi contemplada pela Constituição como instituição obrigatória (até rendendo-se à realidade de municípios que não teriam como arcar com um quadro de advogados públicos permanentes)" (*Curso de direito constitucional*, 8. ed., p. 1.356).

[37] O. A. B. de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, 3. ed., p. 584.

[38] Cf. **MS 24.631**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09.08.2007, Plenário, *DJ* de 1.º.02.2008.

[39] M. S. Z. Di Pietro, *Direito administrativo*, 23. ed., p. 231.

[40]**ADI 2.652**, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 08.05.2003, Plenário, *DJ* de 14.11.2003. O tema foi revisto e **confirmado** pelo STF no julgamento das **RCLs ns. 5.133** e **7.181** (j. 20.05.2009, Pleno). Em seu voto, o Min. Lewandowski, partindo da premissa de que a condenação seria pela *litigância de má-fé* do advogado público, chegou a sustentar que o INSS é quem deveria arcar com a multa e, se fosse o caso, voltar de **regresso** contra o advogado. **Contudo**, conforme o voto da Min. Cármen Lúcia, e foi o que prevaleceu, muito embora a condenação tivesse por fundamentado os arts. 17, V, e 18 do CPC (litigância de má-fé), no fundo a aplicação da multa processual ao advogado, naquele caso concreto (que envolvia o não fornecimento de documentos pelo advogado público em prazo assinalado), configurava, em essência, a hipótese da regra contida art. 14, V, e parágrafo único, do CPC, julgada pelo STF no sentido de não ser aplicada aos advogados públicos.

[41] Trata-se da Lei Complementar n. 73, de 10.02.1993, que institui a **Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União** e dá outras providências.

[42] Entendemos que essa representação da União se implementa não apenas no plano interno mas, também, no **internacional**, como, por exemplo, nos processos em que o Brasil é parte perante a **Corte Interamericana de Direitos Humanos**.

[43] Nesse sentido, também se posicionou o STF no julgamento do **Inq 1.660-QO**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 06.09.2000, Plenário, *DJ* de 06.06.2003.

[44] Para aprofundamento da matéria, até o *fechamento desta edição*, vigoravam as regras sobre competência da PGFN contidas, também, nos seguintes dispositivos: **a)** Decreto-lei n. 147/67; **b)** art. 8.º do Anexo I do Decreto n. 7.050/2009, que aprova a estrutura regimental do Ministério da Fazenda e reproduz o texto do artigo 1.º do *Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, aprovado pela Portaria n. 257/2009.

[45] Destacamos a **S. 644/STF:** "Ao titular do cargo de Procurador de autarquia não se exige a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo".

[46]**ADI 4.261**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02.08.2010, Plenário, *DJE* de 20.08.2010.

[47] A. R. Tavares, *Curso de direito constitucional*, 8. ed., p. 1.356.

[48] O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na OAB. A atividade de advocacia é exercida (seguindo as regras do Estatuto e do regime próprio de cada carreira) pelos integrantes da Advocacia-Geral da União, Procuradoria da Fazenda Nacional, Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional (art. 3.º do Estatuto da OAB).

[49] Observar, contudo, serem **nulos** os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, bem como os atos praticados por advogado impedido, suspenso, licenciado, ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia (art. 4.º do Estatuto da OAB).

[50]As regras definidas no *Estatuto da Advocacia e da OAB*, seu *Regulamento Geral* e *Código de Ética e Disciplina da OAB* deverão ser estudadas para enfrentar as questões do **Exame de Ordem Unificado**.

[51] Cf. *Inf. 427/STF* e *Notícias STF*, 17.05.2006 — 20h59.

[52]**Cuidado:** segundo orientação firmada pelo Plenário do STF, no julgamento do **HC 86.834/SP** (j. 23.08.2006, *v. Inf. 437/STF*), o STF não é mais competente para processar e julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de turma recursal de juizado especial criminal, estando, assim, **superada** a S. 690/STF (cf. *item 11.6.4.3*).

[53] Na comprovada ausência de sala de Estado-Maior na localidade o advogado

terá o direito ao recolhimento e permanência em **prisão domiciliar**, devendo o local ser especificado pelo Juízo (art. 7.º, V, da Lei 8.906/94). E o que se entende por **sala de Estado-Maior?** "Por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma organização militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar); assim sendo, 'sala de Estado-Maior' é o **compartimento de qualquer unidade militar** que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções. A distinção que se deve fazer é que, enquanto uma **'cela'** tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém — e, por isso, de regra, contém **grades** —, uma **'sala'** apenas ocasionalmente é destinada para esse fim. De outro lado, deve o local oferecer **'instalações e comodidades condignas'**, ou seja, condições adequadas de **higiene e segurança**" (Rcl 4.535, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.05.2007, Plenário, *DJ* de 15.06.2007). Em outros julgados, alguns Ministros estão afirmando que a expressão é anacrônica e que não haveria mais, fisicamente, sala de Estado-Maior no Brasil, bastando, conforme Ayres Britto, a existência de uma "... sala em unidade castrense, com condições condignas de comodidade" (Cf. *Inf. 596/STF*, RCL 5.826 e 8.853, j. 19.08.2010, tendo havido pedido de vista pelo Min. Dias Toffoli — **matéria pendente de definição**).

[54] Cf. **ADI 1.127**, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.05.2006, Plenário, *DJE* de 11.06.2010. Para quem se animar, o acórdão tem **201 páginas** — o quadro resumo é a Ementa do acórdão.

[55] Este estudo sobre a **Defensoria Pública** teve por base o nosso trabalho "Assistência jurídica, integral e gratuita e o fortalecimento da defensoria pública na reforma do judiciário", in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário:* Emenda Constitucional n. 45/04, São Paulo: Método, 2005, p. 489.

[56]M. Cappelletti e B. Garth, *Acesso à justiça*, p. 8 (tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet do original Acess to Justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report, Milano: Giuffrè, 1978). Em outro estudo, Cappelletti também discorre sobre as **3 ondas renovatórias** (cf. M. Cappelletti, Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia* 12/309-21, passim, especialmente a partir da p. 316).

[57] M. Cappelletti e B. Garth, Accesso alla giustizia, p. 31.

[58] J. C. Barbosa Moreira, O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, *RePro* 67/130.

[59] Ilustre colega, essa interpretação surgiu depois de muito meditar e sem

encontrar outro material, já que o tema é muito novo e pouco discutido. Nesse sentido, ficaria extremamente honrado se pudesse receber as suas impressões sobre o raciocínio (pedrolenza@terra.com.br). Saiba que este aprofundamento só tem chance de ser perguntado em provas de Defensoria, especialmente a do DF, e em provas de outras carreiras no DF, tendo em vista a particularidade dos arts. 21, XIII, e 22, XVII. Para a preambular, contudo, de modo geral, responda que a **Defensoria do DF e Territórios é organizada e mantida pela União**. Vamos em frente... sem desistir, e saibam que podem contar comigo...

[60] Em relação à **autonomia das Defensorias**, interessante destacar o **Requerimento n. 1.087** do *Sen. Antero Paes de Barros* (PSDB — MT). Em suas palavras, ele propunha "... a supressão da palavra 'estaduais' (do art. 134, § 2.º, acrescente-se), porque, na Constituição Federal, a carreira de defensor público é única e indivisível. Então, não fica bem propor que só as defensorias públicas estaduais tenham autonomia. E, ao suprimir a palavra 'estaduais', estamos defendendo a autonomia para toda a defensoria pública". De maneira coerente, o *Sen. José Jorge* (relator da Reforma) refutou a proposta nos seguintes termos: "... ocorre o seguinte: há carreira de defensores públicos estaduais, defensores públicos da União e defensores públicos do Distrito Federal. Na redação que veio da Câmara, consta defensores públicos estaduais. Então, se fizermos essa mudança para defensores públicos, voltará tudo para a Câmara". Perfeito... sob pena, inclusive, de se ferir o **princípio do bicameralismo federativo**. A proposta que volta para a Câmara (*Parecer n. 1.748/2004 da CCJ, 17.11.2004, republicado em 09.12.2004, tendo tomado a PEC o n.* ***358*** *e apresentada em* ***10.01.2005***) acrescenta um § 3.º ao art. 134, estendendo a autonomia que foi dada aos Estados às Defensorias da União e do DF (cf. *DSF*, 18.11.2004, p. 36703-36708, sendo 46 votos pela rejeição do destaque, 15 pela manutenção e 1 abstenção, de um total de 62 Senadores).

[61]Para aqueles que forem prestar o concurso de Defensor, indispensável a sua leitura. Os concursos específicos exigem o conhecimento das regras lá contidas. Outrossim, para aqueles que forem prestar concurso para Defensorias Estaduais, deverão ter conhecimento das leis complementares de cada Estado.

[62] Destaque-se, dentre tantas, a excelência da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, pioneira no Brasil e América Latina (1954) e a do Rio Grande do Sul (1968) e Mato Grosso do Sul (1982). Vários Estados, após a EC n. 45/2004, vêm, paulatinamente, implantando as suas defensorias.

[63] "Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da **Defensoria Pública**,

ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, **em duodécimos**, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9.º" (original sem grifos).

[64] "Este Tribunal, interpretando o art. 22 do ADCT, entendeu que servidores investidos na função de defensor público até a data em que foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte têm **direito à opção pela carreira, independentemente da forma da investidura originária, desde que cumpridos os requisitos definidos pelo texto constitucional**. Precedentes. As Constituições estaduais não podem ampliar a excepcionalidade admitida pelo art. 22 do ADCT da CF/1988" (**ADI 3.603**, Rel. Min. Eros Grau, j. 30.08.2006, Plenário, *DJ* de 02.02.2007). No mesmo sentido: ADI 1.199, ADI 112, ADI 175, RE 161.712-ED, AI 407.683-AgR etc.

[65] Até porque é o Procurador do Estado quem tem a função de representar o Estado e, assim, se no exercício regular de direito, parece razoável que o Estado tenha o interesse de "defender" o ato praticado por seu servidor, que, no fundo, acaba sendo um ato inerente ao próprio Estado.

[66] A prerrogativa da intimação pessoal foi reconhecida pelo STF inclusive para a intimação de acórdão proferido em *habeas corpus* pelo STJ — *Inf. 276/STF*, tendo sido citados os seguintes precedentes: HC 79.954-SP (*DJU* de 28.04.2000); HC 80.103-RJ (*DJU* de 25.08.2000); HC 80.104-RJ (*DJU* de 15.03.2002). HC 81.958-RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, 06.08.2002. (HC 81.958). **Em sentido contrário:** HC 77.385-MG (*DJU* de 07.05.1999) e HC 68.884-PR (*DJU* de 05.03.1993). HC 79.866-RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, 28.03.2000.

[67] Em relação ao rito específico dos Juizados, confira regras apresentadas no *item 6.7.1.6.2*.

[68] Cf. precedentes citados: HC 73.310-SP (*DJU* de 17.05.1999) e HC 79.867-RS (*DJU* de 20.10.2000). HC 81.342-SP, Rel. Min. Nelson Jobim, 20.11.2001 (HC 81.342).

[69] Art. 370, § 4.º: "A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal".

[70] Nesse sentido: "não é nulo o julgamento de apelação sem a intimação pessoal de defensor dativo, nos casos anteriores à entrada em vigor da Lei 9.271/1996" (RHC 88.512, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 09.03.2010, 2.ª Turma, *DJE* de 23.04.2010).

[71] O art. 14, *caput*, da Lei n. 10.259/2001 (que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal) estabelece que caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando

houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. O Regimento Interno da *Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais* está disciplinado na **Res. n. 390, de 17.09.2004** (que revogou as precedentes ns. 330/2003 e 363/2004). Referida resolução pode ser encontrada no *site* do Conselho da Justiça Federal: <www.cjf.gov.br/Uniformizacao/Uniformizacao.asp>.

[72]*Notícias STJ*, 24.11.2004, relatando o desfecho do Processo n. 2003.40.00.706363-7. O referido recurso foi julgado em 31.08.2004, tendo sido interposto recurso para o STJ e STF. Assim, devemos acompanhar, já que se trata de decisão da *Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Federais,* e não de decisão pacificada dos Tribunais Superiores. Provavelmente referido recurso especial não será conhecido, tendo em vista o teor da **S. 203/STJ** (com a redação fixada no julgamento do AgRg no Ag 400.076-BA, na sessão de 23.05.2002): "não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais". Em relação ao RExtr, o STF já se posicionou sobre a questão da intimação pessoal; vamos aguardar em relação ao prazo em dobro.

[73]*Inf. 362/STF,* 20-24.09.2004. Precedentes citados: HC 71.642/AP (*DJU* de 21.10.1994); HC 81.281/MS (*DJU* de 22.03.2002); HC 81.446/RJ (*DJU* de 10.05.2002).

[74] "Por entender caracterizada a ofensa ao art. 134 da CF, que veda aos membros da Defensoria Pública o desempenho de atividades próprias da advocacia privada, o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade do art. 137 da Lei Complementar 65/2003, do Estado de Minas Gerais, que permite que os defensores públicos exerçam a advocacia fora de suas atribuições institucionais até que sejam fixados os subsídios dos membros da carreira. Afastou-se, ainda, o argumento de se inferir, da interpretação sistemática do art. 134 c/c o art. 135 e o § 4.º do art. 39, da CF, que o exercício da advocacia pelos defensores públicos estaria proibido apenas após fixação dos respectivos subsídios, visto que tal assertiva conduziria à conclusão de que a vedação trazida pelo art. 134, texto normativo constitucional originário, teria sido relativizada com a EC 19/98, que introduziu o art. 135 e o § 4.º do art. 39. Asseverou-se, ainda, a vigência da Lei Complementar 80/94 — que organiza a Defensoria Pública da União, do DF e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados-membros — que também prevê a aludida vedação. ADI 3.043/MG, Rel. Min. Eros Grau, 26.04.2006. (ADI-3.043)" (*Inf. 424/STF*).

[75] Nesse sentido: "esta Corte firmou entendimento segundo o qual o Ministério Público do Estado de São Paulo tem legitimidade para ajuizar ação em favor dos hipossuficientes até que a Defensoria Pública estadual tenha plena condição de exercer seu múnus" (**RE 432.423**, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 07.10.2005). Cf., ainda, RE 135.328 e RE 147.776.

[76] "*Ação direta de inconstitucionalidade: impugnação a vários preceitos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro* (...) 3. Defensoria Pública: arguição de inconstitucionalidade de normas que lhe conferem atribuição para: **a)** a orientação jurídica, a postulação e a defesa em juízo dos direitos e interesses 'coletivos' dos necessitados (art. 176, *caput*): denegação da liminar; **b)** patrocinar (e não, promover) ação civil em favor de associações destinadas a proteção de interesses 'difusos' (art. 176, par. 2.º, V, 'e', 1.ª parte): suspensão cautelar recusada; **c)** '*idem*', em favor de associações de defesa de interesses 'coletivos' (art. 176, par. 2.º, V, 'e', 2.ª, parte): suspensão liminar deferida, em termos, para restringir provisoriamente a aplicação do dispositivo a hipótese em que se cuide de **entidade civil desprovida de meios para o custeio do processo; d)** patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado, na forma da lei (art. 176, par. 2.º, V, 'f'): medida cautelar deferida em termos similares à da alínea 'c' *supra*" (**ADI 558-MC/RJ**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.08.1991, Pleno, *DJ* de 26.03.1993, p. 5001).

[77] HC 92.399, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.06.2010, 1.ª Turma, *DJE* de 27.08.2010.

[78] Como veremos, algumas questões de Direito Constitucional nas provas do Ministério Público exigem vasto conhecimento das Leis Orgânicas. Assim, deve o candidato ao Ministério Público estudar, com muita atenção, tanto a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) como a Lei Complementar do Estado, no caso de São Paulo, a Lei Complementar n. 734/93. Para provas do Ministério Público da União, completar o estudo com a Lei Complementar n. 75/93. Para a Defensoria Pública, indispensável a leitura da LC n. 80/94, alterada pela LC n. 98/99, e, se a prova for para a Defensoria Estadual ou do DF e Territórios, a LC local específica. O mesmo vale para as outras carreiras, no tocante aos Estatutos próprios e Leis Orgânicas. Para os candidatos à OAB, pelo menos no Estado de São Paulo, as questões específicas da carreira são cobradas na parte de Ética, e não em Constitucional. É muito pouco provável, por exemplo, que as questões a seguir expostas referentes ao Ministério Público (a parte específica, é claro) sejam cobradas na prova da OAB ou Magistratura (por razões óbvias), devendo, então, o candidato poupar esforços em questões que envolvam leis orgânicas de outras carreiras. Devemos **focalizar** o estudo,

que deverá ser feito, acima de tudo, com **estratégia!**

13

DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

■ 13.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS — SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS

14

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

14.10.6.4. Casamento perante autoridades religiosas

O casamento é civil e gratuita a celebração (art. 226, § 1.º).

O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei (art. 226, § 2.º).

Portanto, se, conforme visto, não existe religião oficial e se a liberdade de crença religiosa está assegurada, podemos afirmar que o casamento em **centro espírita** ou mesmo em **templo, catedral, sinagoga, terreiro, casa religiosa**, enfim, o casamento celebrado por **líder de qualquer religião ou crença** tem o mesmo efeito civil do casamento realizado na religião católica, aplicando-se, por consequência, o art. 226, § 2.º.

O STF ainda não enfrentou o tema. Contudo, existem importantes julgados proferidos por Tribunais de Justiça, como o da Bahia (MS n. 34.739-8/2005) e o do Rio Grande do Sul (AC 70003296555 — 8.ª C. Cív. — Rel. Des. Rui Portanova — j. 27.06.2002) no sentido de dar o correto efeito civil.

14.10.6.5. Transfusão de sangue nas testemunhas de Jeová

Avançando a análise, não deve ser reconhecido o *crime de constrangimento ilegal* (art. 146, § 3.º, I, CP) na hipótese das **testemunhas de Jeová** se estiver o médico diante de **urgência** ou **perigo iminente**, ou se o paciente for **menor de idade**, pois, fazendo uma ponderação de interesses, não pode o direito à vida ser suplantado diante da liberdade de crença, até porque a Constituição não ampara ou incentiva atos contrários à vida.

Conforme noticiado pela Assessoria de Comunicação Social do TRF1, no julgamento do Agravo de Instrumento 2009.01.00.010855-6/GO (26.02.2009), o Desembargador Federal Fagundes de Deus "... registrou que no confronto entre os princípios constitucionais do direito à vida e do direito à crença religiosa importa considerar que atitudes de repúdio ao direito à própria vida vão de encontro à ordem constitucional — interpretada na sua visão teleológica. Isso posto, exemplificou o magistrado que a legislação infraconstitucional **não admite a prática de eutanásia** e **reprime o induzimento ou auxílio ao suicídio**. Dessa forma, entende o magistrado que deve prevalecer 'o direito à vida, porquanto o direito de nascer, crescer e prolongar a sua existência advém do próprio direito natural, inerente aos seres humanos, sendo este, sem sombra de dúvida, primário e antecedente a todos os demais direitos'".

14.10.6.6. Curandeirismo

O art. 284 do Código Penal tipifica o exercício do **curandeirismo**, que é crime contra a *saúde pública*:

- prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

- usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;
- fazendo diagnósticos.

O tema ainda não chegou ao STF, mas, conforme vem sendo decidido por alguns tribunais estaduais, em casos concretos e específicos, não estará configurado o crime se a promessa de cura decorrer de crença religiosa e dentro de um contexto individual de razoabilidade.

14.10.6.7. Crucifixos em repartições públicas

Outro ponto bastante polêmico foi a questão dos **crucifixos** em repartições públicas. Como admiti-los diante da regra de ser o Brasil um país leigo, laico ou não confessional? A única saída, que vem sendo adotada por algumas decisões (cf. Pedidos de Providências n. 1344, 1345, 1346 e 1362/CNJ, no âmbito do Judiciário), é a ideia de se tratar de **símbolo cultural** e não religioso.

O entendimento, reconhecemos, não se mostra convincente, tanto é assim que uma das determinações do novo Presidente do TJ/RJ, em sua posse em 03.02.2009, foi a retirada dos crucifixos e a desativação da capela.

14.10.6.8. Imunidade religiosa

Avançando, estabelece o art. 150, VI, "b", a denominada **imunidade religiosa** ao estabelecer, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, a vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de instituir **impostos** sobre templos de qualquer culto (*devendo o assunto ser aprofundado no direito tributário*).

Essa regra se mostra bastante relevante, pois impede que o Estado utilize, eventualmente, de seu poder de tributar para *embaraçar o funcionamento dos cultos religiosos ou igrejas* (art. 19, I).

Conforme estabeleceu o STF, "a imunidade prevista no art. 150, VI, "b", CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços 'relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas'. O § 4.º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas 'b' e 'c' do inciso VI do art. 150 da CF..." (RE 325.822, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, j. 15.12.2002, Plenário, *DJ* de 14.05.2004).

Isso posto, surge a questão ainda pendente no STF: **a maçonaria tem imunidade tributária religiosa?**

O tema está sendo discutido no **RE 562.351**, havendo pedido de vista pelo Min. Marco Aurélio em 13.04.2010.

Atualmente **(matéria pendente)** existem 4 votos afirmando não ser a maçonaria religião e, assim, **por esse fundamento**, não poder ser beneficiada

pela imunidade religiosa.[38]

Segundo o voto do Min. Ricardo Lewandowski, "... a maçonaria é uma ideologia de vida e **não uma religião**, assim, a entidade não poderia ser isenta de pagar o IPTU. Segundo ele, a prática maçom não tem dogmas, não é um credo, é uma **grande família**. 'Ajudam-se mutuamente aceitando e pregando a ideia de que o homem e a humanidade são passíveis de melhoria, aperfeiçoamento. Como se vê é uma grande confraria que antes de mais nada prega e professa uma filosofia de vida, apenas isso', disse" (*Notícias STF*, de 13.04.2010 — **pendente**. Cf., também, *Inf. 582/STF*).

14.10.6.9. Guarda sabática

Outro ponto polêmico é a obrigatoriedade ou não de o Estado ter que **designar data alternativa** para realização de concursos públicos, quando a data da prova tiver sido fixada em dias que devam ser guardados, como acontece com os **Adventistas do Sétimo Dia** (*sábado* — dia de repouso e de culto) e os **Judeus** (*Shabat* — do pôr do sol da sexta-feira até o pôr do sol do sábado).

O tema está para ser aprofundado pelo STF no julgamento da **ADI 3.714**, ajuizada em 20.04.2006 pela *Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen)*, contra a Lei Paulista n. 12.142/05, que assegura a "guarda sabática" se houver alegação de motivo de crença religiosa (convém lembrar que apesar da referida lei ter sido totalmente vetada pelo Governador do Estado de São Paulo, a Assembleia Legislativa derrubou o veto, restabelecendo o ato normativo) **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

A questão foi retomada, no julgamento da **STA 389**,[39] que buscava a suspensão do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) marcado para os dias 5 e 6 de dezembro de 2009.

O STF, por maioria, manteve o dia da prova e não fixou dia alternativo, até porque, no Edital, havia a possibilidade de pedido de "atendimento a necessidades especiais" e a prova poderia ser realizada no mesmo dia, após as 18h, devendo os candidatos, contudo, apresentarem-se com os demais, ficando isolados e aguardando para a realização da prova.

O STF, naquele momento, entendeu que a previsão regimental era suficiente e, então, não determinou a designação de dia alternativo (vencido o Min. Marco Aurélio).

Essa tem sido a saída de alguns concursos que permitem a realização da prova após as 18h do sábado, mas exigem que os candidatos permaneçam isolados e no local, devendo se apresentar no dia marcado para todos.

O tema ainda vai ser definido pelo STF, mas, em nosso entender, ante o risco de provas com graus distintos e possíveis favorecimentos de um lado ou do outro, parece que essa tem sido a melhor alternativa, qual seja, todos se apresentarem no mesmo dia e haver a necessidade de se aguardar em local isolado, pelo menos em uma análise inicial. Vamos aguardar a decisão do STF, e ainda estamos refletindo sobre esse palpitante assunto!

■ 14.10.6.10. Aspectos conclusivos

Enfim, o tema da liberdade religiosa mostra-se bastante instigante e poderia ser analisado em relação a tantos outros como o do **aborto**, ainda em pauta na ADPF n. 54/STF e já comentado por nós **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

Dentro de uma ideia de **bom-senso**, **prudência** e **razoabilidade**, a Constituição assegura o direito a todos de aderir a qualquer crença religiosa, ou recusá-las, ou, ainda, de seguir qualquer corrente filosófica, ou de ser ateu e exprimir o agnosticismo, garantindo-se a liberdade de descrença ou a mudança da escolha já feita.

Portanto, não podemos discriminar ou reprimir. O preconceito deve ser afastado, a sociedade tem que conviver e harmonizar com as escolhas antagônicas sem que o radicalismo egoísta suplante a liberdade constitucionalmente assegurada.

■ 14.10.7. Liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação. Indenização em caso de dano (art. 5.º, IX e X)

É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Veda-se a censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 2.º), porém, apesar da liberdade de expressão acima garantida, lei federal deverá regular as diversões e os espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Deverá, outrossim, estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3.º, I e II).

Se, durante as manifestações acima expostas, houver violação da intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, será assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação (art. 5.º, X).

Dois temas importantes foram decididos pelo STF:

- **ADPF 130 — "Lei de Imprensa"** — *j. 30.04.2009*: o STF entendeu que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) não foi recepcionada pelo novo ordenamento, eis que marcada por aspectos não democráticos;
- **ADI 4.451 — "Lei Eleitoral sobre o Humor"** — *j. 02.09.2010*: o STF entendeu, referendando a liminar do Min. Ayres Britto, que o art. 45, II e III e §§ 4.º e 5.º da Lei n. 9.504/97 (*Lei das Eleições*) violam a **liberdade de imprensa**, já que o **humor** pode ser considerado **imprensa**. Referidos dispositivos afrontam, também, a **plena liberdade de informação jornalística**, nos termos do **art. 220, § 1.º**, CF/88. Ainda, a manifestação, mesmo que seja pelo humor, não pode ser restringida, já que ela instrumentaliza e permite o direito de crítica, de opinião **(mérito pendente de julgamento pelo STF)**. Nesse sentido:

"A **liberdade de imprensa** assim abrangentemente livre não é de sofrer constrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. **Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral**. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de 'restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei' (inciso III do art. 139)" (ADI 4.451-MC-REF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02.09.2010, Plenário, *DJE* de 1.º.07.2011).

14.10.8. Intimidade e vida privada e o sigilo bancário (art. 5.º, X)

De acordo com o art. 5.º, X, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Passemos a analisar, então, o importante tema da **intimidade** e da **vida privada** e a **quebra de sigilo bancário**.

O STF entendeu a necessidade de **autorização judicial** para a quebra do sigilo bancário no julgamento do **RE 389.808** (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.2010, Plenário, *DJE* de 10.05.2011).

A discussão surgiu em razão de comunicado feito pelo *Banco Santander* a determinada empresa, informando que a Delegacia da Receita Federal do Brasil, partindo de *mandado de procedimento fiscal* e com base na LC n. 105/2001, havia determinado àquela instituição financeira a entrega de

informações sobre movimentação bancária da empresa durante o período de 1998 a julho de 2001.

Diante dessa notícia, a empresa buscou o Judiciário e, após várias medidas, a decisão final veio ao STF que, no caso concreto, estabeleceu a necessidade de **autorização judicial** para a quebra de sigilo bancário, por se tratar de verdadeira **cláusula de reserva de jurisdição**, não tendo, portanto, o Fisco esse poder.

Em seu voto, o Min. fala em um verdadeiro "**'estatuto constitucional do contribuinte'** — consubstanciador de direitos e limitações **oponíveis ao poder impositivo** do Estado", destacando-se, no caso, o **direito à intimidade** e à **privacidade**.

Celso de Mello afirma, ainda, que as garantias não são absolutas. Aliás, nenhum direito e garantia fundamental é absoluto, devendo, na hipótese de colisão, ser feito juízo de **ponderação**.

Portanto, para eventual quebra de sigilo bancário, é imprescindível "... a existência de **causa provável**, vale dizer, de **fundada suspeita** quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público. Na realidade, sem **causa provável**, não se justifica, sob pena de inadmissível consagração do arbítrio estatal e de inaceitável opressão do indivíduo pelo Poder Público, a '*disclosure*' das contas bancárias, eis que a **decretação da quebra do sigilo não pode converter-se num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa da vida financeira das pessoas em geral**".

E, ao final, conclui o Ministro Celso de Mello: "... entendo que a *decretação da quebra do sigilo bancário*, ressalvada a **competência extraordinária das CPI's (CF, art. 58, § 3.º)**, pressupõe, sempre, a existência de **ordem judicial**, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à *administração tributária*, seja ao *Ministério Público*, seja, ainda, à *Polícia Judiciária*, as informações que lhe tenham sido solicitadas".

Assim, podemos esquematizar:

- **possibilidade de quebra do sigilo bancário:** o Poder Judiciário e as CPIs, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (cf. aprofundamento no *item 9.8.3.13*);
- **não podem quebrar o sigilo bancário, devendo solicitar autorização judicial:** Administração Tributária, Ministério Público e a Polícia Judiciária.

Por todo o exposto, a tendência do STF (e se aguarda o julgamento da **ACO 1.271**, que retoma a análise dos poderes da CPI estadual — **matéria**

pendente) é permitir, conforme visto nos precedentes citados e como já vinha julgando, a quebra do sigilo bancário não somente pelo Judiciário como, também, pela **CPI** (sendo que, nesse caso, haveria transferência de sigilo, devendo a CPI e seus integrantes responsabilizarem-se pela **manutenção do sigilo**, só podendo utilizar as informações nos limites de sua atuação e nos termos da lei e da Constituição, sob pena de serem responsabilizados).

■ 14.10.9. Inviolabilidade domiciliar (art. 5.º, XI)

"A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar **sem o consentimento** do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"; ou seja, sem o consentimento do morador só poderá nela penetrar:

- **por determinação judicial:**[40] somente durante o **dia**;
- **em caso de flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro:** poderá penetrar sem o consentimento do morador, durante o **dia** ou à **noite**, não necessitando de determinação judicial.

O que deve ser entendido por dia ou noite? Concordamos com Alexandre de Moraes que o melhor critério seria conjugar a definição de parte da doutrina (6 às 18h) com a posição de Celso de Mello, que utiliza um critério físico-astronômico: a **aurora** e o **crepúsculo**.[41]

E o que devemos entender por casa? Segundo a doutrina e a jurisprudência, casa abrange não só o domicílio, como também o escritório, oficinas, garagens etc. (*RT* 467/385), ou, até, os quartos de hotéis. Vejamos:

> "Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5.º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4.º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5.º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF)" (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.04.2007, *DJ* de 18.05.2007).

■ 14.10.10. Sigilo de correspondência e comunicações (art. 5.º, XII)

"É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações

telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” Vejamos:

- **sigilo de correspondência:** como regra, o sigilo de correspondência é inviolável, salvo nas hipóteses de decretação de estado de defesa e de sítio, que poderá ser restringido (arts. 136, § 1.º, I, “b”, e 139, III). Podemos observar, também, que esse direito não é absoluto e poderia, de acordo com a circunstância do caso concreto, ser afastado, por exemplo, na interceptação de uma carta enviada por sequestradores. A suposta prova ilícita convalida-se em razão do exercício da legítima defesa;
- **sigilo das comunicações telegráficas:** também inviolável, salvo nas hipóteses de decretação de estado de defesa e de sítio, que poderá ser restringido (arts. 136, § 1.º, I, “c”, e 139, III);
- **sigilo bancário (comunicação de dados):** no tocante ao **sigilo bancário**, o art. 38 (parcialmente recepcionado) da Lei n. 4.595/64, que foi recepcionada pela CF/88, com *status* de lei complementar (art. 192, *caput*), permitia a quebra do sigilo bancário por: autorização judicial, determinação de CPI (art. 58, § 3.º), ou requisição do Ministério Público (art. 129, VI), para objeto de investigação criminal. Referido dispositivo legal foi expressamente **revogado** pela **LC n. 105, de 10.01.2001**, que passou a disciplinar as regras sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Além das regras anteriores, o art. 6.º da referida lei, inovando, permitiu às autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **examinar** documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, **quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis** pela autoridade administrativa competente, devendo o resultado dos exames, as informações e os documentos ser **conservados em sigilo, observada a legislação tributária. Mencionada regra foi regulamentada pelo Decreto n. 3.724, de 10.01.2001**, cujo art. 1.º, § 1.º, estabelece que o procedimento de fiscalização somente terá início por força de ordem específica denominada **Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)**, instituído em ato da Secretaria da Receita Federal, ressalvado o disposto nos §§ 3.º e 4.º do aludido artigo. O art. 4.º, § 1.º, do decreto estabelece, ainda, que a requisição será formalizada mediante documento denominado **Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF)** e será dirigida, conforme o caso, ao: **a)** Presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto; **b)** Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto; **c)** presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto; **d)** gerente de agência. O que se percebe, então, pela nova regra, é a

quebra de sigilo bancário pela própria Receita Federal, dispensando-se o requerimento ao Poder Judiciário, o que, em nosso entender, **fere o art. 5.º, X** e **XII**, sendo a aludida lei indiscutivelmente inconstitucional, atribuindo um direito não estabelecido pelo constituinte originário. (**CUIDADO:** o tema está sendo discutido nas ADIs 2.859-6, 2.406, 2.389, 2.386, 2.397 e 2.390). Contudo, conforme visto no *item 14.10.8*, o STF declarou a necessidade de **autorização judicial** para a quebra de sigilo bancário (**RE 389.808**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.2010, Plenário, *DJE* de 10.05.2011), tratando-se, assim, de **cláusula de reserva de jurisdição**. A CPI, por si, também poderá quebrar o sigilo bancário, devendo haver transferência de sigilo;

■ **quebra de sigilo e Ministério Público:** na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito — CPMI dos Correios, entendeu o STF como *ilegal* o pedido de quebra feito diretamente pelo MP. Assim, estabeleceu que a prova utilizada pelo MP tem de vir de CPI ou de autorização do juiz (Inq. 2.245, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28.08.2007, *DJ* de 09.11.2007 —, dada a sua importância, recomendamos a leitura).

■ **sigilo fiscal (comunicação de dados):** no tocante ao **sigilo fiscal**, faculta-se à administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (art. 145, § 1.º). Assim, deve haver expressa individualização do investigado e objeto da investigação e a indispensabilidade dos dados em poder da Receita Federal. De acordo com o art. 198, *caput*, do CTN, em regra, deve ser precedida de autorização judicial, sendo, portanto, expedida por solicitação de CPI e Ministério Público. Além dessas situações, destacamos a **LC n. 104, de 10.01.2001**, que, trazendo novidade à regra existente e alterando o CTN, agora permite a divulgação pela Fazenda Pública por simples solicitação de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, havendo a necessidade de ser comprovada a instauração de **regular processo administrativo**, com o objetivo de investigar o sujeito passivo. Essa nova regra, todavia, pelos mesmos motivos acima expostos, entendemos inconstitucional. Resta aguardar o posicionamento do STF sobre o assunto. Conforme visto, seguindo o entendimento do STF no julgamento do **RE 389.808**, a tendência é se afirmar também a necessidade de autorização judicial para a quebra ou em razão de ato de CPI;

■ **sigilo das comunicações telefônicas:** a quebra será permitida nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Assim, o procedimento deverá seguir as regras traçadas pela Lei n. 9.296/96, sob pena de constituir prova obtida por meio ilícito (art. 5.º, LVI).

■ ***habeas corpus*:** "O *habeas corpus* é medida idônea para impugnar decisão judicial que autoriza a quebra de sigilos fiscal e bancário em procedimento criminal, haja vista a possibilidade destes resultarem em

constrangimento à liberdade do investigado (...)" (AI 573.623, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31.10.2006, *Inf. 447/STF*).

14.10.11. Liberdade de profissão (art. 5.º, XIII)

A Constituição assegura a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a **lei estabelecer**. Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia contida, podendo lei infraconstitucional limitar o seu alcance, fixando condições ou requisitos para o pleno exercício da profissão.

É o que acontece com o **Exame de Ordem** (art. 8.º, IV, da Lei n. 8.906/94), cuja aprovação é um dos requisitos essenciais para que o bacharel em direito possa inscrever-se junto à OAB como advogado e que, inclusive, foi declarado **constitucional** pelo STF no julgamento do **RE 603.583** (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.10.2011, Plenário, *Inf. 646/STF* e *item 12.5.3*, desse trabalho).

Outro tema interessante está relacionado à exigência do diploma de jornalista para o exercício da profissão. Em **17.06.2009**, por 8 X 1, o STF **derrubou esse requisito** (cf. RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2009, Plenário, *DJE* de 13.11.2009 e *item 19.7.1*).

Cabe observar que tramita no SF a **PEC n. 33/2009** que, com algumas ressalvas, passa a exigir o diploma de jornalista **(matéria pendente)**. Assim, no momento da leitura, checar se referida PEC foi aprovada.

Finalmente, o STF entendeu que a profissão de músico não exige a inscrição em conselho de fiscalização, deixando claro essa necessidade apenas quando houver potencial lesivo na atividade. **A regra, portanto, é a liberdade** e, ademais, a atividade de músico encontra garantia na liberdade de expressão, enquanto manifestação artística (cf. **RE 414.426**, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 1.º.08.2011, Plenário, *DJE* de 10.10.2011).

14.10.12. Liberdade de informação (art. 5.º, XIV e XXXIII)

É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Trata-se do direito de informar e de ser informado.

Completando tal direito fundamental, o art. 5.º, XXXIII, estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Regulando o acesso a informações previsto no art. 5.º, XXXIII, destacamos a **Lei n. 12.527, de 18.11.2011**, com *vacatio legis* de 180 dias.

Dentro do tema da liberdade de informação, pedimos vênia para citar interessante decisão do Ministro Gilmar Mendes:

> "... Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, 'a', da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado: 'Administrativo. Constitucional. Concurso público. Exame psicotécnico. Sigilo e irrecorribilidade do resultado. 1. A Constituição afasta de pronto o caráter sigiloso das decisões administrativas, em primeiro lugar porque a todos é assegurado o direito de exigir do órgão público o esclarecimento de situação de interesse pessoal, além do que é assegurada qualquer informação que seja do exclusivo interesse do cidadão, salvo quando o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado... A possibilidade de interpretação errônea de dados psicológicos, eis que a Psicologia não é uma ciência absoluta em termos de fixação dos aspectos inerentes à personalidade e condições emocionais do indivíduo, não permite a ausência de possibilidade de reapreciação dos atos administrativos'. Alega-se violação aos artigos 1.º; 2.º; 5.º, XXXV, LIV, LV, LXIX; 18; 37, *caput* e I; e, 93, IX, da Carta Magna. Esta Corte firmou entendimento segundo o qual o exame psicotécnico não pode ter critério sigiloso, sob pena de infringir o princípio da publicidade. Nesse sentido o RE 342.074, 2.ª T., Rel. Maurício Corrêa, *DJ* 17.09.2002, assim ementado: 'EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Concurso público. Exame psicotécnico. Exame psicotécnico com caráter eliminatório. Avaliação realizada com base em critérios não revelados. Ilegitimidade do ato, pois impede o acesso ao Poder Judiciário, para conhecer de eventual lesão ou ameaça de direito ocasionada pelos critérios utilizados. Agravo regimental a que se nega provimento'. No mesmo sentido o RE 243.926, 1.ª T., Rel. Moreira Alves, *DJ* 16.05.2000. Assim, nego seguimento ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC). Publique-se. Brasília, 24 de novembro de 2003. Ministro Gilmar Mendes, Relator" (RE 348.494, *DJ* de 11.12.2003, p. 51).

Por fim, como será comentado adiante, essa regra é complementada pelo direito de obtenção de certidões fixado no art. 5.º, XXXIV, "b".

■ 14.10.13. Liberdade de locomoção (art. 5.º, XV e LXI)

A locomoção no território nacional em tempo de paz é livre, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Nesse sentido, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5.º, LXI).

Esse direito poderá ser restringido na vigência de **estado de defesa**, quando se cria a possibilidade de prisão por crime de Estado determinada pelo executor da medida (art. 136, § 3.º, I), exceção à regra acima exposta

(flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente).

No mesmo sentido ocorrerá restrição à liberdade de locomoção na vigência do **estado de sítio**, nos termos do art. 139, I, podendo ser tomadas contra as pessoas (nas hipóteses do art. 137, I) medidas no sentido de obrigá-las a permanecer em localidade determinada, bem como medidas restritivas também em caso de guerra declarada ou agressão armada estrangeira (art. 137, II).

■ 14.10.14. Direito de reunião (art. 5.º, XVI)

Garante-se o direito de reunião, de forma **pacífica, sem armas** e em **locais abertos ao público**. Este direito poderá ser exercido independentemente de prévia autorização do Poder Público, desde que não frustre outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. Esse prévio aviso é fundamental para que a autoridade administrativa tome as providências necessárias relacionadas ao trânsito, organização etc.

Nesse sentido, podemos destacar a discussão sobre a **"marcha da maconha"**, já estudada no *item 14.10.5.2* e que o STF analisou no julgamento da **ADPF 187** e da **ADI 4.224**.

Conforme visto, o direito de reunião é o "direito-meio" para se viabilizar a manifestação do pensamento no sentido da descriminalização da droga, claro, dentro dos limites que a Corte fixou e já foram apontados no referido item, remetendo o nosso ilustre leitor para o aprofundamento.

Finalmente, cabe lembrar que, ainda que exercido no seio das associações, o direito de reunião poderá ser restringido na vigência de estado de defesa (art. 136, § 1.º, I, "a"), podendo ser suspensa a liberdade de reunião durante o estado de sítio (art. 139, IV).

■ 14.10.15. Direito de associação (art. 5.º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI)

A liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar, é **plena**. Portanto, ninguém poderá ser compelido a associar-se e, uma vez associado, será livre, também, para decidir se permanece associado ou não.

A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Têm elas autonomia para formular os seus estatutos.

A única forma de se dissolver compulsoriamente uma associação já constituída será mediante **decisão judicial transitada em julgado**, na hipótese de finalidade ilícita.

Também a suspensão de suas atividades se dará por decisão judicial, não

sendo necessário aguardar o trânsito em julgado; pode-se implementá-la por meio de provimentos antecipatórios ou cautelares.

Quando expressamente autorizadas, as entidades associativas têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, podendo, como substitutas processuais, defender, em nome próprio, o direito alheio de seus associados.

■ 14.10.16. Direito de propriedade (art. 5.º, XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI)

Como regra geral, assegura-se o direito de propriedade, que deverá atender à sua função social, nos exatos termos dos arts. 182, § 2.º, e 186 da CF/88.

Esse direito **não é absoluto**, visto que a propriedade poderá ser desapropriada por necessidade ou utilidade pública e, desde que esteja cumprindo a sua função social, será paga justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5.º, XXIV). Por outro lado, caso a propriedade não esteja atendendo a sua função social, poderá haver a chamada **desapropriação-sanção** pelo Município com pagamentos em títulos da dívida pública (art. 182, § 4.º, III) ou com títulos da dívida agrária, pela União Federal, para fins de reforma agrária (art. 184), não abrangendo, nesta última hipótese de desapropriação para fins de reforma agrária, a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, e não tendo o seu proprietário outra, e a propriedade produtiva (art. 185, I e II).

No tocante à propriedade urbana, a desapropriação-sanção é a última medida, já que, primeiro, procede-se ao parcelamento ou edificação compulsórios e, em seguida, à imposição de IPTU progressivo no tempo, para, só então, passar-se à desapropriação-sanção.

Cabe destacar, embora matéria a ser indagada normalmente nas provas de tributário, que até o advento da **EC n. 29/2000**, que deu nova redação ao § 1.º do art. 156, acrescentando-lhe dois incisos, o STF admitia a progressividade do IPTU **exclusivamente** para a hipótese do art. 182, § 4.º, II, entendimento esse, inclusive, pacificado na **S. 668/STF:** "é inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, **antes da Emenda Constitucional 29/2000**, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana".[42]

Com a nova redação conferida ao art. 156, § 1.º, I e II, pela EC n. 29/2000, sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4.º, II, o **IPTU** poderá ser **progressivo** em razão do **valor do imóvel** (*progressividade fiscal* — art. 145, § 1.º, c/c o art. 156, § 1.º, I) e ter **alíquotas diferentes**, de acordo com a **localização** e o **uso do imóvel**, dependendo, para esta última hipótese (art. 156, § 1.º, II), de caráter nitidamente *extrafiscal*, de

edição de plano diretor, estabelecendo as exigências fundamentais de ordenação da cidade.

Nessa linha, verifique a nova redação conferida ao art. 153, § 4.º, I, pela **Reforma Tributária** (EC n. 42/2003), explicitando a progressividade do ITR.

O direito de propriedade, ainda, poderá ser restringido através de **requisição**, no caso de iminente perigo público, podendo a autoridade competente usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

Lembramos, também, as limitações administrativas, as servidões e a expropriação, esta última, no caso de glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, sendo destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (art. 243).

Por fim, a garantia assegurada à pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, no sentido de não ser objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Para as provas de concursos, especialmente em matéria de *direito administrativo*, sugerimos um estudo mais aprofundado sobre o tema da **desapropriação** e suas diversas modalidades. Nesse sentido, regulamentando os arts. 182 e 183 da CF/88, foi elaborada a **Lei n. 10.257, de 10.07.2001**, denominada **Estatuto da Cidade**, que trouxe profundas inovações a respeito da matéria, refletindo inclusive no campo do direito civil, processual civil, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei da Ação Civil Pública, para citar alguns exemplos. Dessa forma, sugerimos uma leitura atenta do referido dispositivo legal na preparação dos candidatos (obs.: a lei pode ser obtida no *site*: <www.planalto.gov.br>).

■ 14.10.17. Direito de herança e estatuto sucessório (art. 5.º, XXX e XXXI)

Como corolário do direito de propriedade, o art. 5.º, XXX, garante o **direito de herança**.

Conforme observou Maria Helena Diniz, "o objeto da sucessão *causa mortis* é a herança, dado que, com a abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do *de cujus*, que se transmite aos seus herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do defunto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança".[43]

O Ministro Maurício Corrêa destacou que "... a Constituição garante o direito de herança, mas a forma como esse direito se exerce é matéria regulada por normas de direito privado" (ADI 1.715-MC/DF, *DJ* de

30.04.2004, p. 27). De fato, sobre esse assunto, remetemos o leitor para os compêndios de direito civil.

Por fim, a Constituição traz regra específica no art. 5.º, XXXI, sobre a *sucessão de bens de estrangeiros situados no País*, que será regulada pela lei brasileira em benefício do *cônjuge* ou dos *filhos brasileiros*, **sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus***.

Ou seja, conforme anotou Celso de Mello, "a sucessão de estrangeiro domiciliado no Brasil reger-se-á, como é óbvio, pela lei brasileira (critério do *jus domicilii*). Contudo, se a lei nacional do *de cujus* estrangeiro, aqui domiciliado, for mais favorável ao cônjuge supérstite ou aos filhos brasileiros, aplicar-se-á aquele ordenamento jurídico (critério do *jus patriae*). De outro lado, não sendo, o *de cujus*, estrangeiro domiciliado no Brasil, nem o seu estatuto pessoal mais favorável ao cônjuge ou aos filhos brasileiros, reger-se-á a sucessão dos bens aqui localizados pelo direito brasileiro (critério do *forum rei sitae*)... Isso significa que, em nosso direito, prevalece, como regra geral, o *princípio da unidade da sucessão ou do estatuto sucessório*. Os diversos elementos ou circunstâncias de conexão, já referidos, de natureza pessoal (*jus domicilii* e *jus patriae*) e real (*forum rei sitae*), tornam possível solucionar o problema dos conflitos de leis no espaço, ensejando, dessa forma, a aplicação do estatuto jurídico pertinente".[44]

■ 14.10.18. Propriedade intelectual (art. 5.º, XXVII, XXVIII e XXIX)

Os incisos em referência garantem o **direito de propriedade intelectual**, quais sejam, a **propriedade industrial** e os **direitos do autor**. A Constituição os define da seguinte maneira:[45]

- ■ aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
- ■ são assegurados, nos termos da lei: *a*) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; *b*) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
- ■ a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

■ 14.10.19. Defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII)

Sem dúvida foi a **Constituição portuguesa** de 1976 que, de maneira pioneira, acolheu diversas normas de proteção aos consumidores. Essa realidade reflete, acima de tudo, a recente preocupação do Estado com os problemas da sociedade de massa, especialmente a partir do Estado Social de Direito.[46]

A **Constituição espanhola**, na mesma linha, buscando inspiração nas disposições da portuguesa, também, de modo amplo, estabeleceu a proteção dos consumidores no art. 51:1.

Influenciada por ambas (portuguesa e espanhola), a Constituição Federal de 1988 também estabeleceu **regras protetivas para o consumidor**, destacando-se os seguintes dispositivos legais:

- ■ Art. 5.º, XXXII: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".
- ■ Art. 24: "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VIII — responsabilidade por dano ao meio ambiente, **ao consumidor**, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico".
- ■ Art. 129: "São funções institucionais do Ministério Público: (...) III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".
- ■ Art. 150, § 5.º: "A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços".
- ■ Art. 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V — **defesa do consumidor**".
- ■ Art. 48 (ADCT): "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará **código de defesa do consumidor**".

Conforme aponta José Afonso da Silva, muito embora reconheça a Constituição portuguesa como a pioneira no estabelecimento das regras protetivas dos consumidores, "(...) as constituições brasileiras, desde 1946, inscreveram um dispositivo que poderia servir de base à proteção do consumidor, se fosse eficaz. Referimo-nos à *repressão ao abuso de poder econômico*, que, na Constituição de 1988, aparece com enunciado menos eficaz ainda, porque o fez depender da lei. Esta é que 'reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4.º)".[47]

Em relação à previsão contida na CF/88, concordamos com José Afonso da Silva que a sua inserção entre os direitos fundamentais erigiu os consumidores à categoria de **titulares de direitos constitucionais fundamentais**. Conjugando essa previsão à do art. 170, V, que eleva a **defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica**, "(...) tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista. Isso naturalmente abre larga brecha na economia de mercado, que se esteia, em boa parte, na liberdade de consumo, que é a outra face da liberdade do tráfico mercantil fundada na pretensa lei da oferta e da procura (...)".[48]

No tocante ao direito brasileiro, os conceitos gerais de **consumidor** e **fornecedor** e a noção de **produto** e **serviço**, atendendo aos preceitos constitucionais, foram regulados pelo **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**, Lei n. 8.078, de 11.09.1990, inegável **microssistema** das **relações de consumo**. Excepcionalmente, contudo, desde que não haja conflito, havendo espaço, aplicar-se-ão as regras do Código Civil e de legislações extravagantes pertinentes à matéria.

O **novo Código Civil**, Lei n. 10.406, de 10.01.2002, por seu turno (*DOU* de 11.01.2002), que entrou em vigor em **12.01.2003** (*vacatio legis* de 1 ano, de acordo com o seu art. 2.044), reafirmou a sua aplicação **subsidiária** no tocante às relações de consumo. Para se ter um exemplo, destacamos o art. 593, que trata dos contratos de prestação de serviços em geral: "a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou ***à lei especial*** (no caso, exemplifique-se, o CDC), reger-se-á pelas disposições deste Capítulo".

O art. 1.º do CDC estabelece que as normas de proteção e defesa do consumidor são de **ordem pública** e **interesse social**. Por consequência, conforme anotam Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, "(...) o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que delas surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição".[49]

Por fim, cabe lembrar que o **STF** decidiu que as **relações de consumo de natureza bancária** ou **financeira** estão protegidas pelo **Código de Defesa do Consumidor**. "Entendeu-se não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no art. 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, **não abrangendo os encargos e as obrigações impostos pelo CDC**

às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram — operações bancárias e serviços bancários —, que podem ser definidos por lei ordinária" (ADI 2.591/DF, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 07.06.2006, *Inf. 430/STF*).

■ 14.10.20. Direito de petição e obtenção de certidões (art. 5.º, XXXIV)

Assegura-se a todos, independentemente do pagamento de taxas:

- o **direito de petição** aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- a **obtenção de certidões** em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Vislumbrado na Magna Carta de 1215, o **direito de petição** nasceu por meio do *right of petition*, na Inglaterra, consolidando-se no *Bill of Rights* de 1689. Consistia, nesse primeiro momento, no simples direito de o Grande Conselho, depois o Parlamento, pedir que o Rei sancionasse as leis. Fortaleceu-se na Constituição francesa de 1791 ao se ampliarem os peticionários e o objeto da petição.

Segundo José Afonso da Silva, "o direito de petição define-se 'como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação', seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade... Há, nele, uma dimensão coletiva consistente na busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade".[50]

Esse direito pode ser exercido por qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira e independe do pagamento de taxas.

Na Constituição anterior (1967 e EC n. 1/69) vinha atrelado ao *direito de representação*, que não mais se repete na de 1988. Parece-nos, no entanto, que o constituinte teve a intenção de unir os dois direitos, até porque a *representação* se manifesta por intermédio de uma *petição*.

Nesse sentido, pode-se afirmar estar ainda em vigor a Lei n. 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade), que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal contra autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, podendo a petição ser dirigida a qualquer autoridade do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Assim, o objetivo do direito de petição nada mais é do que, em **nítido exercício das prerrogativas democráticas**, levar ao conhecimento do Poder Público a informação ou notícia de um ato ou fato ilegal, abusivo ou contra direitos, para que este tome as medidas necessárias.

Nesse sentido, diferentemente do direito de ação, não tem o peticionário de demonstrar lesão ou ameaça de lesão a interesse, pessoal ou particular. Trata-se de nítida participação política por intermédio de um processo.

Embora a Constituição não fixe qualquer sanção em caso de negativa ou omissão, parece-nos perfeitamente cabível a utilização do *mandado de segurança* para a obtenção de algum pronunciamento do Poder Público.

Por fim, **não** se pode confundir *direito de petição* com a necessidade de preenchimento da *capacidade postulatória* para a obtenção de pronunciamento judicial a respeito da pretensão formulada (salvo as exceções permitidas pelo ordenamento, como no *habeas corpus*), conforme muito bem vem destacando a jurisprudência do STF. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello observa que "... ninguém, ordinariamente, pode postular em juízo sem a assistência de Advogado, a quem compete, nos termos da lei, o exercício do *jus postulandi*. A exigência de capacidade postulatória constitui indeclinável pressuposto processual de natureza subjetiva, essencial à válida formação da relação jurídico-processual. São nulos de pleno direito os atos processuais, que, privativos de Advogado, venham a ser praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória. O direito de petição qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5.º, XXXIV, 'a'). Traduz direito público subjetivo de índole essencialmente democrática. O direito de petição, contudo, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado — que não dispõe de capacidade postulatória — ingressar em juízo, para, independentemente de Advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros..." (AR 1.354 AgR/BA, *DJ* de 06.06.1997, p. 24873).

Em relação ao direito de **obtenção de certidões**, também independentemente do pagamento de taxa, o art. 1.º da Lei n. 9.051/95 dispõe que "as certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no **prazo** improrrogável de **quinze dias**, contado do registro do pedido no órgão expedidor".

Parece razoável o art. 2.º da referida lei ao estabelecer que, "nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido". Assim, condenável o pedido genérico de certidão, devendo o interessado discriminar o objeto de seu interesse.

Registrado o pedido de certidão, não sendo atendido o pedido de forma

ilegal ou por abuso de poder, o remédio cabível será o **mandado de segurança**, e não o *habeas data*. Trata-se de direito líquido e certo de obter certidões expedidas pelas repartições públicas seja para a defesa de direitos, seja para esclarecimentos de situações de interesse pessoal, próprio ou de terceiros. Como exemplo, o direito de o funcionário público obter certidão perante a autoridade administrativa para requerer a sua aposentadoria. Havendo negativa, o remédio cabível será o **mandado de segurança**, e não o *habeas data*.

Por fim, inegável que o direito de certidão não é absoluto, podendo ser negado em caso de o sigilo ser imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado. Nesse sentido, regulando o art. 23 da Lei n. 8.159/91, destaca-se o Decreto n. 4.553/2002.

■ 14.10.21. Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV)

O **princípio da inafastabilidade da jurisdição** é também nominado **direito de ação**, ou **princípio do livre acesso ao Judiciário**, ou, conforme assinalou Pontes de Miranda, **princípio da ubiquidade da Justiça**.

Nesse sentido, o art. 5.º, XXXV, da CF/88 estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Criticamos a **forma indireta** de apresentação da garantia ao direito à jurisdição — "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" — prescrita no art. 5.º, XXXV, da CF/88.

Essa fórmula indireta surgiu, provavelmente, como reação a atos arbitrários que, aproveitando a inexistência de prescrição constitucional expressa (lembrar que referido direito só adquiriu o *status* de preceito constitucional com a Constituição de 1946), muitas vezes, por intermédio de lei ou decreto-lei, excluíam da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito.

Muito melhor seria se referido princípio fosse prescrito na **forma direta**, como se verifica, dentre outras, nas Constituições da Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, na Declaração Universal dos Direitos Humanos etc.

Conforme já observamos, apesar dessa crítica terminológica, o art. 5.º, XXXV, da CF/88 veio sedimentar o entendimento amplo do termo "direito", dizendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a **direito**, não mais restringindo a sua amplitude, como faziam as Constituições anteriores, ao "direito individual" (*vide* arts. 141, § 4.º, da CF/46; 150, § 4.º, da Constituição de 1967; 153, § 4.º, da EC n. 1/69; 153, § 4.º, na redação determinada pela EC n. 7/77). A partir de 1988, passa a se assegurar, de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles **privados, públicos** ou **transindividuais** (difusos, coletivos ou individuais homogêneos).[51]

Prefere-se, ainda, seguindo a doutrina mais abalizada, a expressão **"acesso à ordem jurídica justa"** a **"acesso à Justiça"** ou **"ao Judiciário"**.

Isso porque, segundo a feliz distinção de Watanabe, "a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*".[52]

Nesse sentido, Cappelletti e Garth produziram interessante ensaio para o "Projeto de Florença", ao qual já nos referimos nesta obra, identificando três grandes **ondas renovatórias** no processo evolutivo de **acesso à ordem jurídica justa**. A **primeira onda** teve início em 1965, concentrando-se na assistência judiciária.[53] A **segunda** referia-se às "... reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor". O **terceiro movimento ou onda** foi pelos autores chamado de "enfoque de acesso à justiça", reproduzindo as experiências anteriores, mas indo além, buscando "... atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo".[54]

As expressões "lesão" e "ameaça a direito" garantem o livre acesso ao Judiciário para postular tanto a tutela jurisdicional **preventiva** como a **repressiva**.

Apesar de ter por destinatário principal o legislador (que ao elaborar a lei não poderá criar mecanismos que impeçam ou dificultem o acesso ao Judiciário), também se direciona a todos, de modo geral.

Não se confunde com o **direito de petição** (já visto no art. 5.º XXXIV, "a"), este um direito de **participação política**, não sendo necessário demonstrar qualquer interesse processual ou lesão a direito pessoal. "Enquanto o direito de ação é um direito público subjetivo, pessoal, portanto, salvo nos casos dos direitos difusos e coletivos, onde os titulares são indetermináveis e indeterminados, respectivamente, o direito de petição, por ser político, é impessoal, porque dirigido à autoridade para noticiar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, solicitando as providências cabíveis".[55]

Em decorrência do princípio em análise, **não** mais se admite no sistema constitucional pátrio a chamada **jurisdição condicionada** ou **instância administrativa de curso forçado**, conforme se verificava no art. 153, § 4.º, da CF/69, na redação dada pela EC n. 7, de 13.04.1977.[56] Para ingressar ("bater às portas") no Poder Judiciário não é necessário, portanto, o prévio

esgotamento das vias administrativas.

Exceção a essa regra, a esse direito e garantia individual (cláusula pétrea), só admissível se introduzida pelo poder constituinte originário, como acontece com a **Justiça desportiva** (art. 217, §§ 1.º e 2.º).[57]

Como veremos ao estudar o ***habeas data***, situação semelhante também foi prevista pela Lei n. 9.507/97. Remetemos o leitor para o referido estudo (*item 14.11.6* deste capítulo), onde expomos nosso entendimento sobre este ponto específico da matéria.

Também destacamos o art. 7.º, § 1.º, da Lei n. 11.417/2006 **(súmula vinculante)** ao estabelecer que "contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas".

Conforme anotamos no *item 11.14.11.9*, trata-se de instituição, por parte da lei, de *contencioso administrativo atenuado* e sem violar o princípio do livre acesso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV), na medida em que o que se veda é somente o ajuizamento da reclamação, e não de qualquer outra medida cabível, como a ação ordinária, o mandado de segurança etc.

Por fim, a permissibilidade estabelecida na Lei n. 9.307/96 (Lei da Arbitragem), para as pessoas capazes de contratar valerem-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, submetendo a solução do litígio a juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem. Pois bem, embora a previsão do referido compromisso, não se abre mão do direito de ação, mas apenas institui-se opção por uma **jurisdição privada**.

"O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional".[58]

Lembrar que não é estabelecida uma arbitragem obrigatória, mas facultativa (ficando a cargo das partes escolher a solução da lide por juiz estatal ou privado), e, mesmo havendo o compromisso arbitral, as partes podem ir ao Judiciário e alegar a *exceção do compromisso arbitral*, garantindo-se, assim e pelo exposto, o princípio em análise.

■ 14.10.22. Limites à retroatividade da lei (art. 5.º, XXXVI)

Como regra, conferindo **estabilidade às relações jurídicas**, o constituinte originário dispôs que a lei não prejudicará o **direito adquirido**, o **ato jurídico perfeito** e a **coisa julgada**.[59]

O art. 6.º da *LINDB — Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (Decreto-lei n. 4.657/42) assim define os institutos:

- **direito adquirido:** direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem;
- **ato jurídico perfeito:** ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou;
- **coisa julgada:** decisão judicial de que não caiba mais recurso.

No tocante ao **direito adquirido**, como já comentamos ao tratar da teoria do poder constituinte, não se poderá alegá-lo em face da manifestação do poder constituinte originário, uma vez que este é incondicionado e ilimitado juridicamente. No entanto, em se tratando de manifestação do poder constituinte derivado reformador, em virtude do limite material da cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4.º, IV, entendemos que os direitos adquiridos deverão ser preservados.[60] Não se pode confundir "direito adquirido" com mera "expectativa de direito". Celso de Mello fala, de maneira interessante, em **"ciclos de formação"**: "a questão pertinente ao reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado direito. Isso significa que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno — vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado — constitui fator capaz de impedir que se complete, legitimamente, o próprio processo de aquisição do direito (*RTJ* 134/1112 — *RTJ* 153/82 — *RTJ* 155/621 — *RTJ* 162/442, *v.g.*), inviabilizando, desse modo, ante a existência de mera 'spes juris', a possibilidade de útil invocação da cláusula pertinente ao direito adquirido" (**RE 322.348-AgR/SC**, Rel. Min. Celso de Mello).

Nesse sentido, em várias oportunidades, consolidou-se a jurisprudência do STF pela inexistência de direito adquirido a regime jurídico instituído por lei para os funcionários públicos (ADI 255/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 02.05.2003; RE 368.715/MS — AgRg, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 22.08.2003; RE 340.896/SC, Moreira Alves, *DJ* de 19.12.2002; RE 346.655/PR, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 08.11.2002).

O STF entendeu perfeitamente possível que a lei traga novas regras e preserve a mera expectativa de direito em benefício de cidadãos, por exemplo, o parágrafo único do art. 1.º da Lei estadual n. 200/74 (SP), que, ao revogar a legislação que concedia benefício de complementação de aposentadoria, ressalvou os direitos dos empregados admitidos até a data de sua vigência. Nesse sentido, a **S. 654/STF**: "a garantia da irretroatividade da

lei, prevista no art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”.

Lembramos, ainda, no tocante ao direito penal, do **princípio da retroatividade da lei mais benéfica**, previsto no art. 5.º, XL, da CF.

No que tange ao **ato jurídico perfeito**, destacamos a **Súmula Vinculante n. 1:** “ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, **sem ponderar as circunstâncias do caso concreto**, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n. 110/2001” (30.05.2007).

Assim, os acordos feitos com base na LC n. 110/2001 estão mantidos (tendo em vista o princípio constitucional do ato jurídico perfeito), não se podendo presumir, para todos os casos, aplicando-se regra em abstrato, que tenha havido vício de consentimento em algum dos elementos formadores da vontade do trabalhador comum ao assinar o acordo com a CEF em relação aos expurgos inflacionários do FGTS.[61]

Finalmente, conforme já estudado no *item 6.7.1.17.4.2*, analisando o instituto da coisa julgada, em **situação excepcionalíssima**, o STF afastou a alegação de segurança jurídica (coisa julgada) para fazer valer o *direito fundamental de que toda pessoa tem de conhecer a suas origens* **(princípio da busca da identidade genética)**, especialmente se, à época da decisão que se procura rescindir, não se pôde fazer o exame de DNA.

A decisão foi tomada, em **02.06.2011**, por **7 X 2**, no julgamento do **RE 363.889**, concedendo à recorrente o direito de, depois de mais de 10 anos, voltar a pleitear, perante o suposto pai, a realização do **exame de DNA**, tendo em vista que, na primeira decisão, muito embora beneficiária da assistência judiciária, a recorrente não podia arcar com as suas custas para a sua realização.

■ 14.10.23. Princípio do promotor natural (art. 5.º, LIII)

Conforme já foi visto, o acusado tem o direito e a garantia constitucional de somente ser processado por um órgão independente do Estado, **vedando-se**, por consequência, a **designação arbitrária**, inclusive, de **promotores *ad hoc*** ou ***por encomenda*** (art. 5.º, LIII e art. 129, I, c/c o art. 129, § 2.º).

O STF aceitou a ideia de *promotor natural* no julgamento do **HC 67.759** (*leading case*).

Para aprofundamento, remetemos o nosso querido leitor para o *item 12.2.6* da presente obra.

■ 14.10.24. Princípio do juiz natural ou legal (art. 5.º, XXXVII e LIII)

A Constituição estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção, não podendo ninguém ser processado nem **sentenciado** *senão* pela **autoridade competente**.

Segundo a doutrina, "o conteúdo jurídico do princípio pode ser resumido na inarredável necessidade de **predeterminação do juízo competente**, quer para o processo, quer para o julgamento, proibindo-se qualquer forma de designação de tribunais para casos determinados. Na verdade, o princípio em estudo é um **desdobramento** da regra da **igualdade**. Nesse sentido Pontes de Miranda aponta que a 'proibição dos tribunais de exceção representa, no direito constitucional contemporâneo, *garantia constitucional*: é direito ao juízo legal comum', indicando vedação à discriminação de pessoas ou casos para efeito de submissão a juízo ou tribunal que não o recorrente por todos os indivíduos".[62]

Nery, em interessante estudo, caracteriza a garantia do juiz natural como **tridimensional**, no sentido de que:

- "não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção;
- todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei;
- o juiz competente tem de ser imparcial".[63]

Assim, o que se veda é a designação ou criação, por deliberação legislativa ou outra, de tribunal (de exceção) para julgar, através de processo (civil, penal ou administrativo), determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência de tribunal,[64] não abrangendo na aludida proibição a **Justiça especializada**, nem tampouco **tribunais de ética**, como o da OAB, cujas decisões administrativas (disciplinares) poderão ser revistas pelo Judiciário.

Acrescentamos, ainda, que a **prerrogativa de foro** não afronta o princípio do juiz natural ou legal (*gesetzlicher Richter*) (exemplos: arts. 100, I e II, do CPC e 52, I, da CF/88). No mesmo sentido, nas hipóteses de competência relativa, por convenção das partes e dentro dos limites legais, não há nenhuma vedação em relação aos **foros de eleição**. Conforme vimos (cf. *item 14.10.21*), também não se caracteriza nenhuma violação ao princípio do juiz natural a instituição do **juízo arbitral**.

Outro ponto bastante polêmico, especialmente depois de terem sido fixadas *metas* de julgamento em razão da *Reforma do Judiciário*, tem sido a convocação de juízes de primeiro grau para atuar em Tribunal.

A argumentação de afronta ao **princípio do juiz natural** é bastante

razoável e consistente (cf. arts. 93, III, 94 e 98, I), mas o STF, diante da ideia de *efetividade e celeridade processual* (art. 5.º, LXXVIII), nessa ponderação de valores, vem fazendo prestigiar a agilidade, até porque, segundo analisado, as convocações estão sendo feitas com base em lei (cf. *item 11.9* e *Inf. 581/STF* — **HC 96.821**, Rel. Min. Lewandowski, j. 08.04.2010, Plenário, *DJE* de 25.06.2010).

Finalmente, tendo o justo objetivo de garantir a segurança dos magistrados, resta alertar sobre a inconveniência e inconstitucionalidade de adoção da figura do **"juiz sem rosto"**, motivada, à época da discussão, pela onda de violência e assassinatos de juízes das execuções criminais de São Paulo e Espírito Santo, defendendo a omissão dos nomes dos juízes durante a tramitação do processo e na sentença.

Com todo o respeito, a figura do "juiz sem rosto" implica inconteste afronta à garantia do juiz natural, direito fundamental consagrado no Estado Democrático de Direito.[65]

Por fim, destacamos a importante novidade introduzida pela **EC n. 45/2004** ao estabelecer que "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão" (art. 5.º, § 4.º).

A nova regra, sem dúvida, surge em total consonância e em fortalecimento ao **princípio do juiz natural**.

Consoante assinalou Luiz Flávio Gomes, "o TPI terá uma grande vantagem em relação aos atuais Tribunais (*ad hoc*) criados pelo Conselho de Segurança da ONU, que é constituído de quinze membros (15 países, dos 189 que a integram). Terá legitimidade, força moral e poder jurídico, o que não ocorre hoje com os Tribunais em funcionamento que estão julgando os crimes ocorridos na antiga Iugoslávia, Ruanda etc. Esses Tribunais satisfazem o senso de justiça, sinalizam oposição clara às arbitrariedades e atrocidades cometidas em praticamente todo o planeta, porém, não são Cortes predeterminadas em lei nem constituídas previamente (viola-se, assim, o princípio do juiz natural). A criação do TPI, dessa forma, significa respeito à garantia do princípio do juiz natural, que possui duas dimensões: *a*) juiz previamente previsto em lei ou Constituição (juiz competente); *b*) proibição de juízos ou tribunais de exceção, isto é, *ad hoc* (cfr. CF, art. 5.º, XXXVII e LIII)".[66]

■ 14.10.25. Tribunal Penal Internacional — "TPI" (art. 5.º, § 4.º — EC n. 45/2004)

Como acabamos de assinalar, a **Reforma do Judiciário** estabeleceu a submissão do Brasil à jurisdição do **Tribunal Penal Internacional** a cuja

criação tenha **manifestado adesão**.[67]

O art. 7.º do ADCT da CF/88 já dispunha que o Brasil lutaria em defesa da formação de um **tribunal internacional dos direitos humanos**.

O **Estatuto de Roma**, que cria o **Tribunal Penal Internacional**, foi aprovado em 17.07.1998. O Brasil assinou o aludido estatuto em 07.02.2000 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 112, em 06.06.2002, tendo sido promulgado, em 26.09.2002, pelo Decreto presidencial n. 4.388. A *carta de ratificação* fora depositada em 20.06.2002, entrando em vigor em 1.º.07.2002. Para o Brasil, internacionalmente, nos termos de seu art. 126, passou a vigorar em 1.º de setembro de 2002.

Nos termos do art. 1.º do Estatuto, o "TPI" será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional (fixados nos termos do Estatuto), e será **complementar** às jurisdições penais nacionais.

Consagra-se, dessa forma, o **princípio da complementaridade**, preservando-se o sistema jurídico interno, na medida em que o "TPI" só exercerá jurisdição em caso de incapacidade ou omissão dos Estados.

Nesse sentido, em respeito à soberania nacional (art. 1.º, I), há sérias dúvidas sobre a aplicação, por exemplo, do art. 77, 1, "b", do Estatuto, que prevê a *prisão perpétua*, em contraposição ao art. 5.º, XLVII, "b", da CF/88. Se nem mesmo por *emenda constitucional* se poderia instituir a pena de caráter perpétuo (art. 60, § 4.º, IV), o que dizer por tratado sobre direitos humanos que terá, no máximo, nos termos do art. 5.º, § 3.º, equivalência às emendas se aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros?[68]

Outros vários pontos polêmicos precisam ser resolvidos pelo STF, como a previsão de reexame de questões já decididas pelo TPI (art. 17 do *Estatuto de Roma*), em afronta à coisa julgada, direito fundamental previsto na CF/88.

Outrossim, a distinção que deve ser feita entre **extradição** e a **entrega** (*surrender*) ao TPI.

Em nosso entender, existiriam, basicamente, 3 jurisdições: **a)** a **brasileira**, cujos órgãos estão previstos no art. 92; **b)** a do **TPI** em relação à qual o Brasil a ela se submete; **c)** e a de **Tribunais Estrangeiros**, cujas decisões deverão passar por um processo de homologação da sentença, já que estrangeira, e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

Esse processo de homologação não deverá ser observado em relação às decisões do TPI, porque o Brasil a elas se submete. Ainda, a entrega de brasileiro ou estrangeiro para o TPI não seguirá o mesmo procedimento da extradição, pois a **entrega** será para julgamento em Tribunal a cuja

jurisdição o Brasil se submete.

Contudo, alguns limites deverão existir, como a questão da comutação da pena, não se admitindo, por exemplo, a prisão perpétua etc., estando o tema para ser resolvido pelo STF na **Pet. 4.625**, interposta pelo TPI em 16.07.2009, e que requer a eventual prisão e **entrega** do Presidente do Sudão, caso ele entre no território brasileiro, acusado de ter *cometido crimes contra a humanidade* e de *guerra*.[69]

De acordo com o art. 3.º do Estatuto, o Tribunal tem sede em *Haia*, Países Baixos ("o Estado anfitrião"), podendo funcionar em outro local sempre que se entender conveniente e nos termos do Estatuto.

O art. 86 consagra o **princípio da cooperação** na medida em que os Estados-partes deverão **cooperar** plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

Por fim, cabe destacar que a competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afetem a comunidade internacional no seu conjunto.

O art. 5.º estabelece que o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- de genocídio;
- contra a humanidade;
- de guerra;
- de agressão.

O tema deverá ser aprofundado em compêndios de direitos humanos e em obras de direito penal e processual penal, imaginando os questionamentos nos concursos estarem mais nessas áreas do que na constitucional!

■ 14.10.26. Federalização dos crimes contra direitos humanos (art. 109, V-A e § 5.º — EC n. 45/2004) — Incidente de deslocamento de competência — IDC

Como sabemos, a **dignidade da pessoa humana** é **fundamento** da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III), que, em suas relações internacionais, rege-se, dentre outros, pelos princípios **da prevalência dos direitos humanos**, do **repúdio ao terrorismo** e ao **racismo** e pela **cooperação entre os povos para o progresso da humanidade** (art. 4.º, II, VIII e IX).

Os **direitos da pessoa humana**, outrossim, nos termos do art. 34, VII, "b", foram erigidos a **princípios sensíveis**, a ensejar até mesmo a intervenção federal nos Estados que os estiverem violando.

Outrossim, nos termos do art. 21, I, a União é que se responsabiliza, em nome da República Federativa do Brasil, pelas regras e preceitos fixados nos

tratados internacionais. Assim, na hipótese de descumprimento e afronta a direitos humanos no território brasileiro, a única e exclusiva responsável, no plano internacional, será a União, não podendo invocar a cláusula federativa, nem mesmo "lavar as mãos" dizendo ser problema do Estado ou do Município. Isso não é aceito no âmbito internacional.

Acontece que, na maioria dos casos, antes da **Reforma do Judiciário**, a União não tinha competência para apurar, processar e julgar tais crimes.

Essa problemática foi muito bem apontada pela *Associação Nacional dos Procuradores da República — ANPR*, que apresentou importantes sugestões aos membros da Comissão de Reforma, após avaliar o relatório do Deputado Aloysio Nunes Ferreira.

Conforme sugerido pela *ANPR*, "... é a União, na qualidade de ente federado com personalidade jurídica na esfera internacional, que tem o poder de contrair obrigações jurídicas internacionais em matéria de direitos humanos, mediante a ratificação de tratados. Consequentemente, a sistemática de monitoramento e fiscalização de tais obrigações recai na pessoa jurídica da União. Deste modo, por coerência, há de caber à União a responsabilidade para apurar, processar e julgar casos de violação de direitos humanos, uma vez que, por comandos internacionais, obrigou-se a fazer valerem tais direitos em todo o território nacional. Daí a imperiosidade de se atribuir à Justiça Federal competência para o julgamento das violações mais sérias aos direitos humanos".[70]

Nesse sentido, adequando o funcionamento do Judiciário brasileiro ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, a **EC n. 45/2004** fez a seguinte previsão:

> "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> (...)
> V-A — as **causas relativas a direitos humanos** a que se refere o § 5.º deste artigo;
> (...)
> § 5.º Nas hipóteses de **grave violação de direitos humanos**, o **Procurador-Geral da República**, com a finalidade de **assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte**, poderá suscitar, perante o **Superior Tribunal de Justiça**, em qualquer fase do inquérito ou processo, **incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal**" (original sem grifos).

Segundo o **STJ** (na decisão proferida no IDC 2), o deslocamento da competência do juízo estadual para o federal vai depender do preenchimento dos seguintes **pressupostos**:

- existência de grave violação a direitos humanos;
- risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais;
- incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas.

A fixação da competência da Justiça Federal parece-nos muito bem-vinda e acertada. O grande problema está no procedimento de deslocamento de competência da Justiça Estadual (ou Distrital) para a Federal.

Perceba-se que isso acontecerá somente se o **PGR**, e exclusivamente ele, conseguir demonstrar que no âmbito Estadual ou Distrital está havendo *descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte* e, por consequência, *grave violação de direitos humanos*. Mas o que é grave violação de direitos humanos? E mais, sabendo que se trata de incidente de deslocamento de competência, nitidamente será fixado o Tribunal após a ocorrência do fato, em desrespeito ao princípio do juiz natural, já estudado (art. 5.º, XXXVII e LIII).

Nesse sentido, uma outra redação vaga e indeterminada, ainda em tramitação na Câmara (que pode ser aqui aproveitada), já tinha sido objeto de críticas do *Deputado Jarbas Lima*: “a norma proposta rompe, nesse passo, com a melhor tradição democrática de nossas cartas constitucionais, cria insegurança jurídica e, o que é mais grave, consagra juízos de exceção na medida em que atribui a determinada autoridade ou órgão, de forma discricionária, a escolha do juízo ou tribunal para, caso a caso, julgar um ou mais processos dados”.[71]

No Relatório já citado, a ANPR assim se manifestou: “tal indeterminação de critérios para o deslocamento de competência, e, no mínimo, as candentes dúvidas quanto à constitucionalidade da proposta (à luz dos incs. XXXVII e LIII do art. 5.º, CF, c/c o art. 60, § 4.º, IV) trazem a probabilidade de que, se aprovada tal proposta, a CF será, no tocante a essa matéria, alterada inocuamente, perdendo-se uma oportunidade ímpar de o Brasil adotar uma solução mais efetiva para o gravíssimo quadro de desrespeito sistemático aos direitos humanos”.[72]

Em referido relatório, levando em consideração as diversas convenções sobre direitos humanos de que o País já é parte, destacando, ainda, o reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos,[73] a aludida Associação chegou a propor uma nova redação, definindo, previamente, o que entenderia por hipóteses de **grave**

violação de direitos humanos e, também, permitindo que a lei ordinária, no futuro, em face de novas convenções que viessem a ser celebradas, estabelecesse outras hipóteses de crimes contra direitos humanos. Haveria, dessa forma, total respeito ao juiz natural.

Apenas para exemplificar, o que poderá servir de norte para a interpretação dos estudiosos, foram considerados, pela ANPR crimes contra direitos humanos os seguintes delitos:

- tortura;
- homicídio doloso praticado por agente de quaisquer dos entes federados no exercício de suas funções ou por grupo de extermínio;
- crimes praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes;
- homicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva;
- uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de crianças e adolescentes, em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais.

Tirando todos esses detalhes e desde que o STF não conteste a constitucionalidade da nova regra, concordamos inteiramente com Piovesan nos seguintes termos: "para os Estados, ao revés, cujas instituições mostrarem-se falhas ou omissas, restará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal, o que:

a) **assegurará maior proteção à vítima**;
b) **estimulará melhor funcionamento das instituições locais** em casos futuros;
c) gerará a expectativa de **resposta efetiva das instituições federais**;
d) se ambas as instituições — estadual/federal — mostrarem-se falhas ou omissas, daí, sim, será **acionável a esfera internacional** — contudo, com a possibilidade de, ao menos, dar-se a chance à União de responder ao conflito, esgotando-se a responsabilidade primária do Estado (o que ensejaria a responsabilidade subsidiária da comunidade internacional). Isto equacionará, ademais, a posição da União no contexto de responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos".[74]

Finalmente, informamos os julgamentos dos *IDCs* ns. 1 (*negado*) e 2 (*acolhido*):

- **IDC 1/PA — assassinato de Dorothy Stang:** superando a preliminar que discutia a constitucionalidade da nova regra, a 3.ª Seção do STF "...

indeferiu o pedido no incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal do processo e julgamento do crime de assassinato da religiosa *Irmã Dorothy Stang*, ocorrido em Anapu-PA, por considerar descabível a avocatória ante a **equivocada** presunção vinculada, mormente pela mídia, de haver, por parte dos órgãos institucionais da segurança e judiciário do Estado do Pará, **omissão** ou **inércia** na condução das investigações do crime e sua efetiva punição pela grave violação dos direitos humanos, em prejuízo ao princípio da autonomia federativa (EC n. 45/2004)" (3.ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 08.06.2005, *DJ* de 10.10.2005);

■ **IDC 2/DF — assassinato de Manoel Bezerra de Mattos Neto:** "... o advogado e vereador pernambucano Manoel Bezerra de Mattos Neto foi assassinado em 24.01.2009, no Município de Pitimbu/PB, depois de sofrer diversas ameaças e vários atentados, em decorrência, ao que tudo leva a crer, de sua **persistente e conhecida atuação contra grupos de extermínio** que agem impunes há mais de uma década na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, entre os Municípios de Pedras de Fogo e Itambé". No caso concreto, o STJ entendeu preenchidos os requisitos para o deslocamento, especialmente a omissão e "incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas". Assim, determinou o **deslocamento** de competência para **a Justiça Federal** no Estado da Paraíba, devendo a ação ser distribuída ao Juízo Federal Criminal com jurisdição no local do fato principal (3.ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.10.2010 — *DJe* de 22.11.2010).

■ 14.10.27. Tribunal do Júri (art. 5.º, XXXVIII)

A CF/88 reconhece a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurando: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Essa regra de competência, contudo, não é absoluta. Isso porque, sempre que houver instituição de competência especial por prerrogativa de função no texto maior (CF/88), haverá afastamento da norma geral. É o que acontece nos arts. 29, X (Prefeito julgado pelo TJ); 96, III (Juízes e Promotores — TJ); 102, I, "b" e "c" (o crime comum engloba o crime doloso contra a vida); 105, I, "a", e 108, I.

Fazemos, então, amigo, "guerreiro" que se prepara para os "concursos da vida", uma pergunta: será que a Constituição de um Estado pode retirar competência do Tribunal do Júri na hipótese de prática de crime doloso contra a vida fora das exceções previstas na própria CF? Ou seja, será que a Constituição de um Estado pode atribuir, por exemplo, competência para o TJ julgar Vereador pela prática de crime doloso contra a vida (homicídio), sabendo que a CF não traz essa exceção à regra geral do art. 5.º, XXXVIII? A

resposta é negativa, e o STF já pacificou o entendimento no enunciado da **S. 721/03**, nos seguintes termos: "a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual".

Caso o crime doloso contra a vida tenha sido praticado em coautoria, tendo um dos réus foro por prerrogativa de função e o outro não, haverá separação dos processos; aquele que não tem a prerrogativa, certamente, deverá ser julgado pelo Tribunal do Júri.

■ 14.10.28. Segurança jurídica em matéria criminal (art. 5.º, XXXIX a LXVII) e a teoria dos mandados expressos de criminalização à luz dos direitos fundamentais

Nesta parte do trabalho, limitamo-nos a transcrever os direitos previstos, de maneira sistematizada, na medida em que o questionamento, em maior profundidade, aparece nas provas de **direito penal** e **direito processual penal**, remetendo os candidatos para os livros especializados nesses assuntos.

Destacamos, no tocante à matéria criminal, a importante criação, no âmbito do STF, de um **Núcleo de Acompanhamento de Ações Penais originárias**.

Segundo Gilmar Mendes, a ideia "... é exatamente evitar que exista demora na tramitação dos processos, principalmente nas fases em que são 'utilizados' juízes federais para auxiliar na instrução do processo, ouvindo réus e testemunhas. A ação penal do **mensalão** foi um exemplo disso, salientou. Houve um acompanhamento rigoroso, e os interrogatórios acabaram acontecendo de forma bastante célere, lembrou" (*Notícias STF*, 1.º.07.2008 — 17h40).

Por fim, não poderíamos deixar de destacar o importante trabalho de *Luiz Carlos dos Santos Gonçalves*, que procura, em vez de caminhar para uma proposta muitas vezes de abolição penal e que poderíamos chamar de **direito penal mínimo**, ou, no extremo oposto, acolher a ideia de um **direito penal máximo**, o faz dentro de uma perspectiva moderna e antenado com a ideia de uma **Constituição Social**, desenvolvendo a tendência para o **direito penal proporcional**.

Em suas conclusões, observa o autor que "entre os desafios para a implementação dos direitos fundamentais encontra-se o **uso proporcional do Direito Penal**: de adversárias daqueles direitos, viram-se as sanções penais alçadas a instrumento necessário para sua proteção. Esta transposição não foi retilínea, nem está acabada. A busca por um Direito Penal Proporcional, que não descure das garantias fundamentais das pessoas investigadas, acusadas e sancionadas, nem deixe à míngua vítimas de graves ofensas a direitos, é

incessante. O caminho que se apresenta para este fim é o da exegese constitucional, de onde se pode haurir a normativa que há de dirigir a atuação do Estado”.[75]

■ 14.10.28.1. Legalidade e anterioridade da lei penal incriminadora. Irretroatividade da lei penal “in pejus” (art. 5.º, XXXIX e XL)

O art. 5.º, XXXIX, consagra a regra do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Assim, de uma só vez, assegura tanto o **princípio da legalidade** (ou reserva legal), na medida em que não há crime sem **lei** que o defina, nem pena sem cominação **legal**, como o **princípio da anterioridade**, visto que não há crime sem lei **anterior** que o defina, nem pena sem **prévia** cominação legal.

Por sua vez, a regra do inciso XL do art. 5.º, consagra, duplamente:

- **irretroatividade da lei penal *in pejus*;**
- **retroatividade da lei penal mais benéfica.**

Para se ter um exemplo importante da regra da irretroatividade da lei penal menos benéfica, o STF discutia a constitucionalidade do art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos que **determinava** o cumprimento da pena **integralmente** no *regime fechado*.

Em um caso concreto (HC 82.959), entendeu que a proibição da progressão violaria o princípio da **individualização da pena**, garantido no art. 5.º, XLVI.

O STF passou, então, a **admitir a progressão**, aplicando a Lei de Execuções Penais, desde que, dentre outros requisitos, fosse cumprido pelo menos **1/6** da pena.

A **Lei n. 11.464/2007**, por sua vez, alterou o art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos e passou a exigir o requisito temporal de **2/5** se **primário** ou **3/5** se **reincidente**.

A questão sobre a abstrativização da tese fixada no HC 82.959 ainda se discute no STF, na Rcl 4335 (cf. *item 6.6.5* — **matéria pendente de apreciação pelo STF**).

Porém, na prática, os Ministros do STF, se o fato ocorreu antes da Lei n. 11.464/2007, estão determinando a aplicação da regra geral do requisito de 1/6, já que a *novatio legis* se implementou (aceita a tese de aplicação da Lei de Execuções Penais), *in pejus*.

Isso porque, 1/6 é menor que 2/5, que é menor que 3/5 e, então, a nova lei sobreveio de forma menos benéfica, tese boa a ser adotada nas provas da

defensoria!

Apenas para compreender bem a análise "matemática" (e aqui eu falo com os ilustres leitores que não gostam muito das "exatas" — porque sei que engenheiros, contadores e tantos "guerreiros" das áreas "não jurídicas" estão lendo o trabalho — o que muito me honra), vou me socorrer ao "MMC" e, assim, comparar as frações sob um múltiplo comum. Vejamos:

$$1/6 < 2/5 < 3/5$$

$$\updownarrow \qquad \updownarrow \qquad \updownarrow$$

$$5/30 < 12/30 < 18/30$$

Nesse sentido, destacamos a **SV n. 26/2009**, transcrita abaixo e que passa a ser um interessante exemplo prático de aplicação do **princípio da irretroatividade da lei menos benéfica**:

> "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a **inconstitucionalidade** do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

Agora, passamos a analisar a segunda hipótese, qual seja, a regra da **retroatividade da lei penal mais benéfica**.

Como se sabe, a **Lei n. 12.015/2009**, ao modificar os arts. 213 e 214 do Código Penal, deixou de fazer distinção entre crimes de *estupro* e *atentado violento ao pudor*, **unificando** os dois crimes no art. 213, podendo, assim, o estupro, na nova regra, ser praticado por homem ou mulher **(crime comum)**.

Assim, o estupro está caracterizado na hipótese de se *constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*.

Não se trata de *abolitio criminis*, porque as condutas do crime de *atentado violento ao pudor*, apesar de revogado o art. 214 do CP, continuam previstas no crime de estupro (agora no art. 213 do CP). A conduta, portanto, continua sendo punida.

Contudo, o STF vem aceitando a tese da **continuidade delitiva** por ter a

nova lei **unificado** os arts. 213 e 214 do CP em um único tipo e, assim, valendo a nova regra já que mais benéfica. Nesse sentido:

> "EMENTA: AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. **Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local**. Crimes da mesma espécie. **Continuidade delitiva**. Reconhecimento. **Possibilidade**. Superveniência da Lei n. 12.015/09. **Retroatividade da lei penal mais benéfica**. Art. 5.º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei n. 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas **mesmas circunstâncias de tempo**, **modo** e **local** e contra a **mesma vítima**" (HC 86.110, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02.03.2010, 2.ª Turma, *DJE* de 23.04.2010).[76]

14.10.28.2. Práticas discriminatórias, crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia e crimes inafiançáveis e imprescritíveis (art. 5.º, XLI a XLIV)

- **discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais:** será punida pela lei;
- **prática do racismo:** crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
- **crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia:**[77] prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Sugerimos o aprofundamento do tema nos livros de *direito penal* e *processual penal*. Em relação aos **crimes hediondos**, prestigiando o **princípio da presunção de inocência** (art. 5.º, LVII) e a regra contida no art. 5.º, LXVI, a **Lei n. 11.464/2007** deu nova redação ao art. 2.º, II, da *Lei de Crimes Hediondos* (Lei n. 8.072/90), permitindo a **liberdade provisória**, nos termos dos arts. 310, parágrafo único, e 312 do Código de Processo Penal.

Assim, a prisão que tenha caráter cautelar terá que ser sempre fundamentada, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência (cf., como exemplo, no *site* do STJ, *HC 134.247* — j. 13.08.2009).

Isso posto, o problema surge em relação ao **tráfico de drogas**, especialmente diante da regra contida no art. 44 da "*Nova Lei de Drogas*" (Lei n. 11.343/2006), que **impede a liberdade provisória** ao preso em **flagrante por tráfico**.

Apesar da literalidade da regra, alguns Ministros vêm afastando essa

proibição. Como exemplo, podemos citar o julgamento do Min. Eros Grau, no **HC 100.872**, em 05.10.2009.

Conforme noticiado, "o ministro Eros Grau, do STF, concedeu liminar em *Habeas Corpus* impetrado pela defesa de uma mulher presa em flagrante com dois papelotes de cocaína. A decisão permite que a acusada responda ao processo em liberdade. Em seu despacho, o ministro afirma que o dispositivo da nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), que **impede a liberdade provisória** ao preso em flagrante por tráfico, afronta os princípios constitucionais da **dignidade da pessoa humana** (art. 1.º, III), da **presunção de inocência** (art. 5.º, LVII) e do **devido processo legal** (art. 5.º, LIV)... Embora tenha admitido que o STF **vinha** adotando o entendimento mencionado pelo STJ, o ministro Eros Grau citou, em sua decisão, precedente do ministro Celso de Mello **(HC 97.976)**, no qual afirma a violação dos princípios constitucionais acima citados, acrescentando que 'o tema está a merecer reflexão por esta Corte, sob o ponto de vista da proibição de excessos decorrentes da atividade normativa do Estado'" (*Notícias STF*, 05.10.2009).

Cada vez mais vem sendo observada uma mudança de entendimento por parte do STF, podendo ser citado, por exemplo, voto do Min. Dias Toffoli nos HCs 92.687 e 100.949, em 03.12.2010. Essa parece ser uma tendência, apesar de serem decisões em casos concretos que, portanto, não possuem efeitos *erga omnes* **(matéria pendente)**.

- **crime inafiançável e imprescritível:** ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

14.10.28.3. Regras constitucionais sobre as penas (art. 5.º, XLV a XLVIII)

- **a pena é personalíssima:** nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos da lei, ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
- **tipos de pena:** a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

Cumpre observar que o STF, consolidando o entendimento fixado no HC 82.959, no sentido de observância ao princípio da **individualização da pena** (art. 5.º, XLVI), editou, em 16.12.2009, com efeito *erga omnes* e vinculante, a **SV n. 26/2009** (*DJE* de 23.12.2009), que tem o seguinte teor: "para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou

equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico" (cf. *item 6.6.5.1*).

Outro tema que pode vir a ser sumulado, em razão da importância, é a discussão sobre a possibilidade ou não de **conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos** na hipótese de **tráfico de drogas**.

O art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (chamada de "*Nova Lei de Drogas*"), prescreve que em relação aos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 a 37 está **vedada** a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Essa proibição consta, também, no art. 33, § 4.º, da referida lei.

Contudo, em interessante julgamento, o Pleno do STF, por **6 X 4**, declarou, incidentalmente (já que se tratava de caso concreto e, assim, do controle difuso) inconstitucional a referida proibição (**HC 97.256**, j. 1.º.09.2010, *DJE* de 15.12.2010), elencando, dentre outros argumentos, o **princípio da individualização da pena**.

Ainda, observou que "... no plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar **alternativas** ao encarceramento. É o caso da **Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas**, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma **supralegal** de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano **a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes**. 5. Ordem parcialmente concedida tão somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4.º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito e*x nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos..." (*ementa* do referido acórdão).

- **vedação das penas:** a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;
- **cumprimento da pena:** em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

■ 14.10.28.4. Direitos assegurados aos presos (art. 5.º, XLIX, L, LXII, LXIII, LXIV)

- ■ **respeito à integridade física e moral**;
- ■ **asseguram-se às presidiárias:** condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
- ■ **comunicação imediata da prisão e o local onde se encontre:** ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada;
- ■ **informação ao preso de seus direitos:** dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
- ■ **identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial**.

■ 14.10.28.5. Regras sobre extradição (art. 5.º, LI e LII)

- ■ **brasileiro nato:** nunca será extraditado;
- ■ **brasileiro naturalizado:** será extraditado: a) em caso de crime comum, praticado **antes** da naturalização, ou b) de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, praticado **antes** ou **depois** da naturalização;
- ■ **estrangeiros:** poderão ser extraditados, exceto em caso de crime político ou de opinião.

Remetemos o nosso ilustre leitor para o *capítulo 16*, no qual fizemos estudo aprofundado dos institutos em análise, diferenciando-os de: asilo político, expulsão, deportação e banimento.

■ 14.10.28.6. Presunção de inocência (não culpabilidade) (art. 5.º, LVII)

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente.

De maneira precisa anotam Bechara e Campos, "melhor denominação seria **princípio da não culpabilidade**. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado **culpado** antes de sentença condenatória transitada em julgado".[78]

Como reflexo, destacamos a abolição do lançamento do nome do acusado no rol dos culpados quando da pronúncia.

Lembramos, outrossim, a S. 716/STF, que admite "a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinado, antes do trânsito em julgado da sentença

condenatória".

Consoante anotado pelos ilustres professores, "... tem-se uma hipótese de antecipação dos efeitos da condenação transitada em julgado, contudo, a mitigação do princípio da presunção de inocência é justificada pelo princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*, igualmente de índole constitucional".[79]

Finalmente, cabe alertar que o STF, por 7 X 4, pacificou o entendimento de que a **execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, contraria o artigo 5.º, LVII, da Constituição** (HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009, *Inf. 534/STF*). Alerta-se que ficou **ressalvada** a eventual possibilidade de **prisão cautelar do réu**, nas hipóteses do CPP.

■ 14.10.28.7. Regras sobre a prisão (art. 5.º, LXI, LXV, LXVI, LXVII)

- ■ **prisão:** somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (*vide* também art. 136, § 3.º, I, no caso de estado de defesa);
- ■ **prisão ilegal:** será imediatamente **relaxada** pela autoridade judiciária;
- ■ **admissão pela lei de liberdade provisória, com ou sem fiança:** ninguém será levado à prisão ou nela mantido;
- ■ **prisão civil:** não é admitida, salvo a do responsável pelo *inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia* e a do *depositário infiel*.

CUIDADO: em relação à prisão civil e conforme já estudamos (*item 9.14.5.2.3*), o STF entendeu que **não cabe mais a prisão do depositário infiel**.

Por 5 X 4, em **03.12.2008**, no julgamento do **RE 466.343**, decidiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5.º, § 3.º (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas **supralegais**, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.

Como se sabe, o Brasil é signatário de tratados internacionais que não mais estabelecem prisão do depositário infiel.

Nesse sentido, decidiu o Min. Gilmar Mendes, "... **a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel** (art. 5.º, inciso LXVII, que ainda persiste, acrescente-se) **não foi revogada** pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria**, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 (e agora o Novo CC, acrescente-se) e o Decreto-lei n. 911, de 1.º de outubro de 1969" (*Inf. 449/STF*).

Pondo fim a qualquer discussão, o STF editou a **SV n. 25/2009**: "é **ilícita** a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

■ 14.10.28.8. Identificação criminal (art. 5.º, LVIII)

O civilmente identificado **não** será submetido a identificação criminal (pelo processo datiloscópico, se possível, e pela juntada aos autos da folha de antecedentes — art. 6.º, VIII, do CPP), salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5.º, LVIII). Nesse sentido, acompanhamos a posição do Professor Damásio, que entende que a Súmula 568 do STF foi cancelada, só se

procedendo à identificação criminal se não tiver sido realizada a civil, ou em casos excepcionais, como a falta de apresentação do documento, rasuras, indícios de falsificação etc.[80]

A **Lei n. 12.037, de 1.º.10.2009**, regulamentando a matéria, abarcando a regra geral da **não identificação criminal** (processo datiloscópico e fotográfico) do civilmente identificado, estabeleceu as hipóteses em que, mesmo ao civilmente identificado, se procederá à identificação criminal. Isso ocorrerá, segundo a lei, de acordo com seu art. 3.º, quando:

- o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
- o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
- o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
- a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
- constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
- o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

■ 14.10.28.9. Ação penal privada subsidiária da pública (art. 5.º, LIX)

A ação penal pública é **privativa** do Ministério Público (art. 129, I). Trata-se de princípio **absoluto**. No entanto, havendo **inércia** do Ministério Público (seja pelo não oferecimento de denúncia, seja pelo não requerimento de arquivamento do inquérito policial, ou mesmo pela falta de requisição de novas diligências no prazo legal), será admitida ação privada, porém sem retirar o caráter de privatividade da ação penal pública do Ministério Público (*vide* arts. 5.º, LIX, e 29 do CPP. Cf., ainda, Inq. 172-SP — *RTJ* 112/474; HC 67.502-RJ — *RTJ* 130/1084; HC 74.276-RS e *Inf. 43/STF*, 1996).

■ 14.10.29. Devido processo legal, contraditório e ampla defesa e a problemática da videoconferência no interrogatório do réu (art. 5.º, LIV e LV)

■ 14.10.29.1. Aspectos gerais

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Corolário a esse princípio, asseguram-se aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Destacamos a **SV n. 21/STF**, com o seguinte teor: "é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo".

Ainda, destacamos a **SV n. 28/STF**, que fixa o seguinte entendimento: "é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário". Referido depósito prévio, além de violar o art. 5.º, LV, afrontaria, também, o art. 5.º, XXXV, que trata do princípio na inafastabilidade.

Outro ponto é o entendimento firmado na **SV n. 5/STF**, ao estabelecer que "a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição", conforme já discutimos no *item 12.5.4*, ao qual remetemos o nosso ilustre leitor.

E como esses princípios devem ser analisados no inquérito policial?

Referido procedimento não caracteriza, ainda, a acusação. Fala-se em **indiciado**, já que o inquérito policial é mero *procedimento administrativo* que busca colher provas sobre o fato infringente da norma e sua autoria.

Conforme anotaram Bechara e Campos, "ocorre, todavia, que muito embora não se fale na incidência do princípio durante o inquérito policial, é possível visualizar alguns atos típicos de contraditório, os quais não afetam a natureza inquisitiva do procedimento. Por exemplo, o interrogatório policial e a nota de culpa durante a lavratura do auto de prisão em flagrante".[81]

Cabe lembrar que "ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial não ratificados em juízo" (*Inf. 366/STF*, HC 84.517/SP, Rel. Sepúlveda Pertence, 19.10.2004. Precedentes citados: HC 74.368/MG, *DJU* de 28.11.1997, e HC 81.171/DF, *DJU* de 07.03.2003).

Destacamos, finalmente, a **SV n. 14/STF**: "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

■ 14.10.29.2. Interrogatório por videoconferência (on-line)

A possibilidade de se implementar o interrogatório por videoconferência está relacionada à aplicação do princípio da proporcionalidade a resolver a colisão entre dois direitos fundamentais, quais sejam, a **ampla defesa e o direito de presença**, de um lado, e a **segurança e ordem pública**, a ensejar a **eficiência**, de outro.

Nesse sentido, "o que deve autorizar o uso da técnica, contudo, é o

fundado receio de comprometimento da eficiência do processo, seja por razões de segurança ou ordem pública, seja porque o processo guarda certa complexidade, e a participação à distância resulte necessária para evitar o atraso no seu andamento”.[82]

O STJ havia pacificado o entendimento no sentido de se aceitar o interrogatório on-line: “Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual penal. Interrogatório realizado por meio de sistema de **videoconferência** ou **teleaudiência** em *real time*. Cerceamento de defesa. Nulidade, para cujo reconhecimento faz-se necessária a ocorrência de efetivo prejuízo, não demonstrado, no caso” (RHC 15.558/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 11.10.2004. Nesse sentido, cf. STJ, RHC 6.272-SP, *RT* 742/579, e RHC 8.742-SP).

No Estado de São Paulo, a **Lei n. 11.819, de 05.01.2005**, dispunha sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiências de presos a distância.

Em termos de expectativa sobre a videoconferência, a única pesquisa encontrada foi do *site* “Infojus” (<www.infojus.gov.br>), que “promove enquetes para saber a opinião dos internautas sobre assuntos que dizem respeito ao funcionamento do Judiciário brasileiro”, refletindo uma primeira desconfiança do sistema (cf. *Notícias STF*, 09.02.2004 — 16h02):

ENQUETE INFOJUS SOBRE A VIDEOCONFERÊNCIA

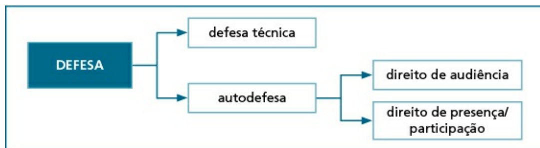
- 31% — favorável, pois agilizaria o processo criminal e ofereceria mais segurança ao juiz e à

comunidade.

■ 66% — contra. Sem o contato pessoal com o juiz, o réu ficaria tolhido em seu amplo direito de defesa.

■ 3% — Ainda não tem opinião formada.

Apesar de a Ministra Ellen ter proferido decisão no sentido de aceitar a videoconferência (HC 91.758, j. 11.07.2007), a 2.ª Turma do STF, em julgamento posterior, entendeu **incabível** o interrogatório on-line, pedindo vênia para reproduzir o *Inf. 476/STF*, destacando-se as modalidades de defesa abaixo esquematizadas:



"Inicialmente, aduziu-se que a defesa pode ser exercitada na conjugação da defesa técnica e da autodefesa, esta, consubstanciada nos direitos de audiência e de presença/participação, sobretudo no ato do interrogatório, o qual deve ser tratado como meio de defesa. Nesse sentido, asseverou-se que o princípio do devido processo legal (CF, art. 5.º, LV) pressupõe a

regularidade do procedimento, a qual nasce da observância das leis processuais penais. Assim, nos termos do Código de Processo Penal, a regra é a realização de audiências, sessões e atos processuais na sede do juízo ou no tribunal onde atua o órgão jurisdicional (CPP, art. 792), não estando a videoconferência prevista no ordenamento. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-la deveria ser motivada, com demonstração de sua excepcional necessidade no caso concreto, o que não ocorrera na espécie. Ressaltou-se, ademais, que o projeto de lei que possibilitava o interrogatório por meio de tal sistema (PL 5.073/2001) fora rejeitado e que, de acordo com a lei vigente (CPP, art. 185), o acusado, ainda que preso, deve comparecer perante a autoridade judiciária para ser interrogado. Entendeu-se, no ponto, que em termos de garantia individual, o virtual não valeria como se real ou atual fosse, haja vista que a expressão 'perante' não contemplaria a possibilidade de que esse ato seja realizado on-line. Afastaram-se, ademais, as invocações de celeridade, redução dos custos e segurança referidas pelos favoráveis à adoção desse sistema. Considerou-se, pois, que o interrogatório por meio de teleconferência viola a publicidade dos atos processuais e que o prejuízo advindo de sua ocorrência seria intuitivo, embora de demonstração impossível. Concluiu-se que a inteireza do processo penal exige defesa efetiva, por força da Constituição que a garante em plenitude, e que, quando impedido o regular exercício da autodefesa, em virtude da adoção de procedimento sequer previsto em lei, restringir-se-ia a defesa penal" (*Inf. 476/STF* — HC 88.914, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.08.2007, *DJ* de 05.10.2007).

Finalmente, em **30.10.2008**, o STF, por 9 X 1, entendeu inconstitucional a lei paulista (Lei estadual n. 11.819/2005), na medida em que a competência para legislar sobre processo é da União (art. 22, I).

Estamos diante do reconhecimento de **vício formal** (competência para legislar sobre processo — art. 22, I —, **não** se tratando de procedimento em matéria processual — art. 24, XI), não tendo sido analisado o mérito, qual seja, se a videoconferência poderia caracterizar violação aos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, publicidade, isonomia etc.

Referido julgamento foi proferido no **HC 90.900**, tendo o STF anulado o processo desde o interrogatório e, assim, concedido alvará de soltura para réu, no caso, condenado por roubo qualificado.

Em **18.11.2008**, a 2.ª Turma do STF anulou a condenação de réu pelo crime de tráfico de drogas, determinando a realização de novo interrogatório judicial, expedindo, também, alvará de soltura, se não estivesse preso por outro crime (HC 91.758).

Finalmente, o Congresso Nacional aprovou a **Lei n. 11.900, de**

08.01.2009, alterando dispositivos do CPP, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de **videoconferência**, além de dar outras providências.

O interrogatório do réu preso por sistema de **videoconferência** ou **outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real** passa a ser a **exceção**, podendo ser realizado pelo juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes e desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

- prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;
- viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;
- impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 do Código de Processo Penal;
- responder a gravíssima questão de ordem pública.

Resta aguardar como o STF se posicionará sobre a matéria, que, em nosso entender, mostra-se bastante **adequada** e dentro da **realidade da sociedade moderna**, sendo, ainda, a nova sistemática prevista como **exceção** à regra geral que assegura o direito de audiência e de presença (participação).

Segundo o Deputado Otávio Leite (PSDB-RJ), o projeto vai representar uma **economia anual da ordem de R$ 1 bilhão aos cofres públicos**. "Em São Paulo, a média de gastos por semana é de R$ 17 milhões. Se formos transferir esses gastos, a nação gasta R$ 1,5 bilhão em recursos humanos e materiais só para a remoção de presos..." (*Folha Online*, 09.12.2008 — 20h49).

■ 14.10.29.3. Art. 98 do antigo Regimento Interno do CNJ: necessidade de intimação pessoal de terceiros que demonstrem interesse jurídico nos procedimentos de controle administrativo (PCAs). Correção no novo RI

O art. 98 do **antigo** *Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça — RICNJ* (Res. n. 2/2005) estabelecia que, em *procedimento de controle dos atos administrativos* (PCAs) praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, o Relator determinaria a oitiva da autoridade que praticou o ato impugnado e, **por edital**, dos eventuais beneficiários de seus efeitos, no prazo

de 15 dias.

O STF declarou, *incidentalmente*, em caso concreto, a inconstitucionalidade de referido dispositivo, que aceitava a intimação por edital, por ofender o art. 5.º, LV, da CF.

Tratava-se de MS impetrado contra ato do CNJ que havia anulado o *III Concurso das Serventias Extrajudiciais do Estado de Rondônia*. "Ressaltou-se que, veiculada a classificação dos candidatos mediante edital, os impetrantes passaram a ter situação jurídica constituída que somente poderia ser afastada, presente o regular processo administrativo, se cientificados do pleito de irresignação de certos candidatos, para, querendo, oferecerem impugnação. Aduziu-se que, **conhecidos os beneficiários do ato**, deveria ocorrer a **ciência respectiva**, não podendo esta se verificar de **forma ficta**, ou seja, por **edital**. Esclareceu-se que os beneficiários do ato não teriam sequer conhecimento da existência do processo no CNJ, não lhes competindo acompanhar a vida administrativa deste último, inclusive o que lançado em edital cuja veiculação se mostrou estritamente interna. Assentou-se que se deveria conferir a eficácia própria ao art. 100 do *RICNJ* a preceituar a aplicabilidade, no que couber, da Lei 9.784/99 que prevê a **necessária intimação dos interessados** (artigos 3.º, II; 26, §§ 3.º e 4.º, e 28)" (**MS 25.962**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.10.2008, *Inf. 525/STF*).

Nesse sentido, de maneira interessante, o **novo** Regimento Interno do CNJ (Resolução n. 67, de 03.03.2009), em seu art. 94, estabelece que o Relator, nos PCAs, ao determinar a notificação da autoridade que praticou o ato impugnado e dos **eventuais interessados** em seus efeitos, no prazo de 15 dias, poderá determinar as formas e os meios de **notificação pessoal** a esses últimos, sendo a utilização do **edital** apenas quando dirigida a eventuais interessados **não identificados, desconhecidos** ou com **domicílio não informado** nos autos.

■ 14.10.30. Devido processo legal substantivo ou material (arts. 5.o, LV, e 3.o, I)

Valendo-nos de interessante estudo de Olavo Ferreira, "o princípio do devido processo legal tem duas facetas: 1) formal e 2) material. O segundo encontra fundamento nos artigos 5.º, inciso LV, e 3.º, inciso I, da Constituição Federal. Do devido processo legal substancial ou material são extraídos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não há repercussão prática na discussão sobre a origem do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se que os mesmos têm *status* constitucional, e diante de tal situação todos os atos infraconstitucionais devem com eles guardar relação de compatibilidade, sob pena de irremissível

inconstitucionalidade, reconhecida no controle difuso ou concentrado... A razoabilidade e proporcionalidade das leis e atos do Poder Público são inafastáveis, considerando-se que o Direito tem conteúdo justo”.[83]

Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de três importantes requisitos:[84]

- **necessidade:** por alguns denominada **exigibilidade**, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;
- **adequação:** também denominada **pertinência** ou **idoneidade**, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;
- **proporcionalidade em sentido estrito:** em sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.

14.10.31. Provas ilícitas (art. 5.º, LVI)

As provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo.[85] Desse princípio decorre também o de que as provas derivadas de provas obtidas por meios ilícitos também estarão maculadas pelo vício da ilicitude, sendo, portanto, inadmissíveis **(teoria dos frutos da árvore envenenada)**.

Conforme aponta Alexandre de Moraes, citando jurisprudência do STF, “a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado”.[86]

Essa convalidação da prova ilícita implementa-se em razão da legítima defesa e pode ser pensada na interceptação de uma carta de sequestrador, gravação de uma triste e covarde cena de babá “espancando” uma criança etc.

14.10.32. Publicidade dos atos processuais (e dever de motivação das decisões judiciais) (art. 5.º, LX)

Dentre vários outros instrumentos garantidores da imparcialidade do juiz, mesmo com o aumento de seus poderes instrutórios, está o dever de **motivar** as decisões jurisdicionais.

Nesse sentido, o art. 93, IX, da CF/88, na redação determinada pela **EC n. 45/2004**, determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de **nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a

seus advogados, ou somente a estes, **em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação**".

Trata-se do denominado **segredo de justiça**, que, pela *Reforma do Judiciário*, foi limitado. Isso porque o direito subjetivo das partes e advogados à intimidade somente estará garantido **se não prejudicar o interesse público à informação**.

Complementando essa garantia geral do dever de motivação e publicidade das decisões, o art. 5.º, LX, da CF/88 estabelece que *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*. Assim, totalmente aceitáveis as regras fixadas, por exemplo, nos arts. 155, 444, 815 e 841 do CPC e 20 do CPP.

Pelo exposto, o dever de motivar as decisões judiciais (o livre convencimento motivado — CPC, arts. 131, 165, 458; CPP, art. 381, III etc.) deve ser entendido, numa visão moderna do direito processual, não somente como garantia das partes. Isso porque, em razão da **função política da motivação das decisões**, pode-se afirmar que os seus destinatários "... não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade de justiça das decisões".[87]

14.10.33. Assistência jurídica integral e gratuita (art. 5.º, LXXIV)

O art. 5.º, LXXIV, estabelece que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Esse direito e garantia fundamental instrumentaliza-se por meio da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do art. 134, *caput*, da CF/88.

A instituição é fortalecida pela **EC n. 45/2004**, que assegura às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional e administrativa e fixa competência para proposta orçamentária, conforme o § 2.º, inserido o art. 134, nos seguintes termos: "às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2.º".

Remetemos o leitor atento para o *item 12.6*, onde estudamos com maior detença o assunto. Esse tema é de fundamental importância àqueles que se concentram para concursos de Defensor Público. Vamos em frente...

14.10.34. Erro judiciário (art. 5.º, LXXV)

O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Prepondera o entendimento de que "o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, senão nos casos expressamente declarados em lei" (STF, *RDA* 114/298; *RT* 150/363; *RTJ* 64/689), vale dizer, nas hipóteses prescritas no art. 49 da Lei Complementar n. 35/79,[88] no art. 133 do CPC[89] e no art. 630 do CPP,[90] tendo sido o § 2.º deste último, na opinião deste autor, a despeito de posicionamentos em contrário,[91] revogado por falta de compatibilização com o art. 5.º, LXXV, da CF/88, que tornou incondicional a indenização por **erro judiciário**.[92]

Nelson Nery Junior observa: "Mais específica do que a garantia de indenização da CF, art. 37, § 6.º, aqui foi adotada a responsabilidade objetiva fundada na *teoria do risco integral*, de sorte que não pode invocar-se nenhuma causa de exclusão do dever de o Estado indenizar quando ocorrer o erro judiciário ou a prisão por tempo além do determinado na sentença".[93] Nesse sentido:

> "Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5.º, LXXV. C. Pr. Penal, art. 630. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5.º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6.º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. O art. 5.º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça" (RE 505.393, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.06.2007, *DJ* de 05.10.2007).

14.10.35. Gratuidade das certidões de nascimento e de óbito (art. 5.º, LXXVI)

O art. 5.º, LXXVI, estabelece serem gratuitos para os reconhecidamente

pobres, na forma da lei, o *registro civil de nascimento* e a *certidão de óbito*.

O art. 236, por seu turno, fixa que os serviços notariais e de registro são exercidos em *caráter privado*, por delegação do Poder Público, observando-se a regra específica do art. 32 do ADCT.

Como se sabe, nos termos do art. 236, § 3.º, o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de 6 meses.

Essa regra vem motivando vários candidatos a prestar o difícil concurso público para o exercício da atividade notarial e de registro.

Em relação à gratuidade das aludidas certidões, resta saber se seria somente para os reconhecidamente pobres ou para todos.

Os arts. 1.º, 3.º e 5.º da Lei n. 9.534/97, alterando o art. 30 da Lei n. 6.015/73 (Registros Públicos); acrescentando um inciso VI ao art. 1.º da Lei n. 9.265/96; e alterando o art. 45 da Lei n. 8.935/94, respectivamente, ao considerar como ato necessário ao exercício da cidadania, estabeleceu serem **gratuitos os assentos do registro civil de nascimento e o de óbito, bem como a primeira certidão respectiva**.

Percebe-se que a lei não fez qualquer restrição, abrangendo os reconhecidamente pobres ou não, ou seja, ampliativamente, estende-se a todos, brasileiros e, inclusive, estrangeiros, pobres ou não.

Referido dispositivo foi questionado perante o STF: "O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de liminar em ação declaratória de constitucionalidade promovida pelo Procurador-Geral para, com eficácia *ex nunc* e efeito vinculante, suspender, até decisão final da ação, a prolação de qualquer decisão, assim como os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado e de todos os atos normativos que digam respeito à legitimidade constitucional, eficácia e aplicação dos arts. 1.º, 3.º e 5.º da Lei n. 9.534/97, que prevê a gratuidade do registro civil de nascimento, do assento de óbito, bem como da primeira certidão respectiva. Considerou-se inexistir conflito da Lei 9.534/97 com os arts. 5.º, LXXVI, e 236 da CF, dado que *o inciso LXXVI do art. 5.º da CF, ao assegurar a gratuidade desses atos aos reconhecidamente pobres, determina o mínimo a ser observado pela lei, não impedindo que esta garantia seja ampliada, e, também, pelo fato de que os atos relativos ao nascimento e ao óbito são a base para o exercício da cidadania, sendo assegurada pela CF a gratuidade de todos os atos necessários ao seu exercício (CF, art. 5.º, LXXVII)*. Salientou-se, ainda, que os oficiais exercem um serviço público, prestado mediante delegação, não havendo direito constitucional a percepção de emolumentos por todos os atos praticados, mas apenas o recebimento, de forma integral, da totalidade dos emolumentos que tenham

sido fixados...” *(Inf. 171/STF)*.

Ao final, o STF julgou o mérito, seja da **ADI 1.800**, seja da **ADC 5**, e, nas duas, declarou constitucional a Lei n. 9.534/97, que isenta a todos, **independentemente de sua condição ou situação econômica**, do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.[94]

■ 14.10.36. Gratuidade nas ações de habeas corpus e habeas data (art. 5.º, LXXVII)

O art. 5.º, LXXVII, prevê serem gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

Entendemos que o constituinte deveria, de modo expresso, também ter estendido esse benefício às outras ações constitucionais.

Em relação aos atos necessários ao exercício da cidadania, o art. 1.º da Lei n. 9.265/96, que regulamenta o aludido direito fundamental, prescreve como gratuitos os seguintes atos:

- os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que se reporta o art. 14 da Constituição;
- aqueles referentes ao alistamento militar;
- os pedidos de informações ao Poder Público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública;
- as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude;
- quaisquer requerimentos ou petições que visem as garantias individuais e a defesa do interesse público;
- o registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva (acrescentado pelo art. 3.º da Lei n. 9.534/97 — cf. comentários ao inciso LXXVI do art. 5.º, *supra* e o julgamento final da constitucionalidade definitiva deste artigo — ADI 1.800-DF e ADC 5-DF).

■ 14.10.37. Celeridade processual (art. 5.º, LXXVIII)

■ 14.10.37.1. Aspectos gerais

Atualmente, muito se fala na busca da **efetividade do processo** em prol de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça.

Em outro estudo[95] observamos que, “em algumas situações, contudo, a demora, causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, pode gerar total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido. Conforme constatou Bedaque, ‘o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da

tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado"'.[96]

Nesse sentido, a **EC n. 45/2004**, ampliando os direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no art. 5.º, LXXVIII, que a todos, no âmbito **judicial** e **administrativo**, são assegurados a **razoável duração do processo**[97] e os **meios que garantam a celeridade de sua tramitação**.

Trata-se, sem dúvida, de garantia não só restrita a **brasileiros natos** ou **naturalizados** e a **estrangeiros residentes no País**, mas que abarca também — corroborando entendimento do STF e da doutrina, interpretando o *caput* do art. 5.º da CF/88, que proclama a igualdade de **todos** perante a lei e, aqui tomado por analogia — os **estrangeiros não residentes** (por exemplo, de passagem, a turismo), os **apátridas** e as **pessoas jurídicas**.

A **prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável** e **efetivo** já vinha prevista, como direito fundamental do ser humano, dentre outros dispositivos, nos arts. 8.º, 1.o, e 25, 1.o, da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* **(Pacto de San José da Costa Rica)**.[98]

Resta não se conformar com a aludida previsão, já que, como o comando determina, são assegurados **os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo**.

Conforme sinalizou Grinover, "esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos **pelas leis processuais**, de modo que a **reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional**, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação".[99]

Dentro dessa perspectiva, em **15.12.2004**, foi assinado pelos Presidentes do Executivo, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF, ou seja, pelos Presidentes dos três Poderes, o **I Pacto Republicano**, por um *Judiciário mais Rápido e Republicano*, buscando implementar a *Reforma do Poder Judiciário*, destacando-se *11 compromissos fundamentais* no sentido de combate à morosidade processual.[100]

Em **13.04.2009**, considerando que o primeiro pacto "... permitiu a

colaboração efetiva dos três Poderes na realização de indispensáveis reformas processuais e atualização de normas legais"; considerando que a efetividade das medidas adotadas indica que tais compromissos devem ser reafirmados e ampliados para fortalecer a proteção aos **direitos humanos**, a **efetividade da prestação jurisdicional**, o **acesso universal à Justiça** e também o **aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça**, os Presidentes dos Poderes assinaram o **II Pacto Republicano de Estado** *por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo*.[101]

Até o fechamento desta edição, o **III Pacto Republicano** ainda não havia sido assinado formalmente pelos Presidentes dos três Poderes, apesar de sugerido e lançado pelo Min. Peluso, em 1.o.02.2011, na solenidade de abertura do *Ano Judiciário de 2011*.

Contudo, cabe lembrar, em tramitação no Congresso Nacional a denominada **"PEC dos Recursos"**, com redação sugerida pelo Min. Peluso e que tomou o número de **PEC n. 15/2011-SF**[102] e que, dentro do contexto de eficiência, "propõe a imediata execução das decisões judiciais, logo após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais). Não haverá alteração nas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinário (para o STF) e especial (para o STJ), mas ela não impedirá o trânsito em julgado da decisão contra a qual se recorre. A PEC acaba com o efeito suspensivo aos recursos, facultando ao ministro relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento" (*Notícias STF*, de 21.03.2011).

De acordo com a redação da referida PEC, criam-se **ações rescisórias extraordinária** e **especial**, em substituição aos recursos extraordinário e especial **(matéria pendente)**.

■ 14.10.37.2. Celeridade do processo e crimes praticados contra os idosos

O art. 94 do **Estatuto do Idoso** (Lei n. 10.741/2003) estabelece que aos crimes previstos na referida Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos, **aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099/95** (Juizados) e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Esse dispositivo foi questionado na **ADI 3.096**, ajuizada pelo PGR, e entendeu o STF que a aplicação da Lei n. 9.099/95 é apenas em relação aos aspectos processuais, buscando, na ideia de efetividade do processo, que este termine mais rapidamente, até porque a vítima é um idoso. Nesse sentido:

"EMENTA: (...). Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão 'do Código Penal e'. Aplicação **apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95**: benefício do idoso com a celeridade processual. **Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime**. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94 da Lei n. 10.741/2003" (ADI 3.096, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16.06.2010, Plenário, *DJE* de 03.09.2010).

■ 14.10.37.3. Leis infraconstitucionais decorrentes da EC n. 45/2004 ("Reforma do Poder Judiciário") no sentido de "racionalização da prestação jurisdicional" — frutos dos "Pactos Republicanos"

Cumprindo o comando fixado na **Reforma do Judiciário** (art. 7.º da EC n. 45/2004 e art. 5.º, LXXVIII, da CF/88), destacamos algumas leis que já foram aprovadas pelo Congresso Nacional, buscando maior **racionalização da prestação jurisdicional:**[103]

- ■ **Lei n. 12.562, de 23.12.2011** — regulamenta o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e o julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal;
- ■ **Lei n. 12.322, de 08.09.2010** — transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos do Código de Processo Civil;
- ■ **Lei n. 12.153, de 22.12.2009** — dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;
- ■ **Lei n. 12.106, de 02.12.2009** — cria, no âmbito do CNJ, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências;
- ■ **Lei n. 12.063, de 27.10.2009** — acrescenta à Lei n. 9.868/99, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão — **ADO**;
- ■ **LC n. 132, de 07.10.2009** — altera dispositivos da LC n. 80/94, fortalecendo a Defensoria Pública;
- ■ **Lei n. 12.019, de 21.08.2009** — insere inciso III no art. 3.º da Lei n. 8.038/90, para prever a possibilidade de o relator de ações penais de competência originária do STJ e do STF convocar desembargadores de Turmas Criminais dos TJs ou dos TRFs, bem como juízes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, pelo prazo de 6 meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 anos, para a

realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato;

■ **Lei n. 12.016, de 07.08.2009** — disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências;

■ **Lei n. 12.012, de 06.08.2009** — altera o CP, passando a tipificar como crime o ingresso de pessoa portando aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional;

■ **Lei n. 12.011, de 04.08.2009** — cria 230 Varas Federais, destinadas, precipuamente, à interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e à implantação dos Juizados Especiais Federais no País. De maneira adequada, a localização das varas será estabelecida pelo **Conselho da Justiça Federal**, com base em critérios técnicos objetivos que identifiquem a necessidade da presença da Justiça Federal na localidade, levando-se em conta, principalmente, a demanda processual, inclusive aquela decorrente da competência delegada, a densidade populacional, o índice de crescimento demográfico, o Produto Interno Bruto, a distância de localidades onde haja vara federal e as áreas de fronteiras consideradas estratégicas;

■ **Lei n. 11.969, de 06.07.2009** — altera a redação do § 2.º do art. 40 do CPC, estabelecendo que, sendo comum às partes o prazo, só em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos, poderão os seus procuradores retirar os autos, **ressalvada a obtenção de cópias** para a qual cada procurador poderá retirá-los pelo prazo de 1 hora independentemente de ajuste;

■ **Lei n. 11.965, de 03.07.2009** — dá nova redação aos arts. 982 e 1.124-A do CPC, dispondo sobre a participação do **defensor público** na lavratura da escritura pública de inventário e de partilha, de separação consensual e de divórcio consensual;

■ **Lei n. 11.925, de 17.04.2009** — possibilidade de declaração de autenticidade dos documentos em cópia oferecidos para prova pelo próprio advogado e sob sua responsabilidade, além de dispor sobre hipóteses de cabimento dos recursos ordinários para instâncias superiores;

■ **Lei n. 11.900, de 08.01.2009** — altera dispositivos do CPP para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de **videoconferência**, além de dar outras providências;

■ **Lei n. 11.694, de 12.06.2008** — dispõe sobre a responsabilidade civil e a execução de dívidas de Partidos Políticos;

■ **Lei n. 11.672, de 08.05.2008** — estabelece o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do STJ, introduzindo o art. 543-C no CPC;

■ **Lei n. 11.448, de 15.01.2007** — altera o art. 5.º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a **Defensoria Pública.** Conforme vimos no *item 12.6.6.9*, a CONAMP ajuizou, em 16.08.2007, a **ADI 3.943**, questionando

referido dispositivo legal (*matéria pendente de julgamento*);

■ **Lei n. 11.441, de 04.01.2007** — altera o CPC, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela **via administrativa** (“simplificação de procedimentos”);

■ **Lei n. 11.419, de 19.12.2006** — dispõe sobre a *informatização do processo judicial* e altera artigos do CPC. A **Resolução n. 417, de 20.10.2009**, do **STF**, regulamenta o meio eletrônico de tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais no STF (e-STF) e dá outras providências;

■ **Lei n. 11.418, de 19.12.2006** — regulamenta o § 3.º do art. 102 da Constituição Federal **(“repercussão geral”)**, acrescentando os arts. 543-A e 543-B ao CPC;

■ **Lei n. 11.417, de 19.12.2006** — regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de *súmula vinculante* pelo STF, e dá outras providências;

■ **Lei n. 11.382, de 06.12.2006** — altera dispositivos do CPC relativos ao processo de execução e a outros assuntos;

■ **Lei n. 11.341, de 07.08.2006** — altera o parágrafo único do art. 541 do CPC para admitir as decisões disponíveis em *mídia eletrônica*, inclusive na *Internet*, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial;

■ **Lei n. 11.280, de 16.02.2006** — altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 do CPC concernentes à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — Código Civil;

■ **Lei n. 11.277, de 07.02.2006** — acresce o art. 285-A ao CPC, buscando a “racionalização do julgamento de processos repetitivos” (cf. *ADI 3.695*, questionando a constitucionalidade da lei);

■ **Lei n. 11.276, de 07.02.2006** — altera os arts. 504, 506, 515 e 518 do CPC, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Destaque-se nesta lei o início da discussão sobre a *súmula impeditiva de recursos*, que será ampliada com a aprovação da “PEC Paralela da Reforma do Poder Judiciário”;

■ **Lei n. 11.232, de 22.12.2005** — modifica o CPC para estabelecer a fase de *cumprimento das sentenças* no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, além de outras providências. Dessa forma, as decisões judiciais ganham mais efetividade, tendo em vista a atribuição de carga executiva dentro do processo de conhecimento (cf. **ADI 3.740**, questionando a constitucionalidade do § 1.º do art. 475-L e o parágrafo único do art. 741 do CPC, com a redação alterada pela Lei n. 11.232/2005, bem como do parágrafo único do art. 741 do CPC, na

redação conferida pela MP n. 2.180-35);

■ **Lei n. 11.187, de 19.10.2005** — modifica o CPC para, conferindo nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, abrir "espaço" para o julgamento dos recursos de apelação (já que o recurso de agravo de instrumento tem prioridade no julgamento), desobstruindo-se a pauta dos Tribunais de Justiça.

■ 14.10.37.4. Perspectivas de um "novo tempo" para o Judiciário brasileiro

A "Reforma do Poder Judiciário", as diversas alterações da legislação infraconstitucional e tantas outras que ainda estão por vir, seja para o processo civil, seja para o penal e trabalhista, sinalizam uma luz na busca da esperada e "sonhada" eficiência da prestação jurisdicional.

Em igual sentido, parece razoável, como recomendado no Relatório Anual (2006) do CNJ, apresentado na abertura do Ano Legislativo de 2007 (02.02.2007), que se implante uma **cultura de conciliação**, projeto esse materializado no movimento **"Conciliar é legal"**.[104]

Em 2008, entre os dias 1.º e 5 de dezembro, ocorreu a *Semana Nacional da Conciliação,* com resultados bastante expressivos e quase 1 bilhão de reais em acordos implementados.

Parece importante que se reveja (e isso já vem acontecendo) o entendimento de que o "interesse público" impediria a transação, especialmente quando se tem o Poder Público como um dos maiores protagonistas das ações que chegam aos tribunais superiores. Essa perspectiva tem de ser consolidada, fixando-se orientações administrativas no sentido das decisões dos tribunais superiores, admitindo a conciliação e, assim, **racionalizando** a prestação jurisdicional.

Outra técnica extremamente importante vem sendo a edição de súmula vinculante, assim como o uso da reclamação nas hipóteses constitucionais.

Nesse sentido, em importante balanço, conforme noticiado, para a Ministra Ellen Gracie, "... a **conciliação**, somada aos novos instrumentos jurídicos que o Congresso Nacional aprovou — a **Súmula Vinculante**, que evitará a chegada de milhares de processos repetitivos ao Supremo Tribunal Federal, a **Repercussão Geral**, que permitirá aos ministros do STF selecionar as causas que o Tribunal deve julgar, sob o critério da relevância dos temas tratados, e a Lei 11.419/06, que dispõe sobre a **informatização do processo judicial** — inaugura um **novo tempo para o Judiciário brasileiro**. 'Um tempo de maior agilidade e efetividade, de diálogo e contato com o cidadão comum, de conscientização mútua do papel das partes na busca de uma cultura da paz', concluiu Ellen Gracie".[105]

Como reflexo disso tudo, em 2009, observou-se uma redução, comparada a 2008, de 38,5% dos processos distribuídos aos Ministros do STF, o que demonstra que os instrumentos estão sendo eficazes no sentido de serem julgados apenas os processos de grande interesse da sociedade (*Notícias STF, 25.12.2009*).

■ 14.11. REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

■ 14.11.1. Os remédios constitucionais nas Constituições brasileiras — quadro esquematizado

Objetivamos neste item apresentar, esquematicamente, a evolução histórica dos remédios constitucionais nas Constituições brasileiras, para, nos itens seguintes, fazermos um estudo de cada remédio.

Dessa maneira, mediante "visualização comparativa", procuramos facilitar o entendimento histórico de algumas situações, por exemplo, o motivo de ter-se desenvolvido, no Brasil, a "teoria brasileira do *habeas corpus*", já que à época do texto de 1891 só existia, como remédio, o "HC".

Para o ilustre leitor, amigo e guerreiro "concurseiro", sem dúvida, o quadro abaixo mostra-se bastante importante no processo de memorização comparativa, facilitando, assim, o enfrentamento das provas, nas quais, cada vez mais, tem-se percebido esse formato de questão.[106]

REMÉDIO CONSTITUCIONAL	PREVIS CONSTI BRAS
	■ 1891: 22 ■ EC n.

Habeas Corpus

restriçã
“Teoria
do HC”

- **1934:**
n. 23
- **1937:**
n. 16
- **1946:**
§ 23
- **1967:**
§ 20
- **AI-5,
13.12.1**
restriçã
amplitu
- **EC n.**

	153, § 2 ■ **1988:** LXVIII
Mandado de Segurança	■ **1934:** n. 33 ■ **1937:** houve p ■ **1946:** § 24 ■ **1967:** § 21 ■ **EC n.** 153, § 2 ■ **1988:** LXIX
Mandado de	■ **1988:**

Segurança Coletivo	LXX
Mandado de Injunção	▪ **1988:** LXXI
Habeas Data	▪ **1988:** LXXII
Ação Popular	▪ **1934:** n. 3810 ▪ **1937:** houve p ▪ **1946:** 5.141, § ▪ **1967:** § 31 ▪ **EC n.**

	153, § 3 ■ 1988: LXXIII

■ 14.11.2. Habeas corpus (art. 5.º, LXVIII)

■ 14.11.2.1. Regras gerais

Historicamente, foi a primeira garantia de direitos fundamentais, concedida por "*João Sem Terra*", monarca inglês, na Magna Carta, em 1215, e formalizada, posteriormente, pelo *Habeas Corpus Act*, em 1679.

No Brasil, a primeira manifestação do instituto deu-se em 1821, através de um alvará emitido por Dom Pedro I, pelo qual se assegurava a liberdade de locomoção. A terminologia "*habeas corpus*" só apareceria em 1830, no Código Criminal.

Foi garantido constitucionalmente a partir de 1891, permanecendo nas Constituições subsequentes, inclusive na de 1988, que, em seu art. 5.º, LXVIII, estabelece:

> "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua **liberdade de locomoção**, por ilegalidade ou abuso de poder".

O *habeas corpus* foi inicialmente utilizado como remédio para garantir não só a liberdade física, como os demais direitos que tinham por pressuposto básico a locomoção. Tratava-se da chamada "teoria brasileira do *habeas corpus*", que perdurou até o advento da Reforma Constitucional de 1926, impondo o exercício da garantia somente para os casos de lesão ou ameaça de lesão à **liberdade de ir e vir**.

O autor da ação constitucional de *habeas corpus* recebe o nome de **impetrante**; o indivíduo em favor do qual se impetra, **paciente** (podendo ser o próprio impetrante), e a autoridade que pratica a ilegalidade ou abuso de poder, **autoridade coatora** ou **impetrado**.

O impetrante, portanto, poderá ser qualquer pessoa física (nacional ou estrangeira) em sua própria defesa, em favor de terceiro, podendo ser o Ministério Público ou mesmo pessoa jurídica (mas, é claro, em favor de pessoa física). Já o magistrado, na qualidade de Juiz de Direito, no exercício da atividade jurisdicional, a Turma Recursal, o Tribunal poderão **concedê-lo**

de ofício, em exceção ao *princípio da inércia do órgão jurisdicional*. Mas **cuidado**: o Juiz de Direito, o Desembargador, os Ministros, quando não estiverem exercendo a atividade jurisdicional, **impetrarão**, e não concederão de ofício, naturalmente, o *habeas corpus*, já que atuando como pessoa comum.

Referida ação pode ser formulada **sem advogado**, não tendo de obedecer a qualquer formalidade processual ou instrumental, sendo, por força do art. 5.º, LXXVII, **gratuita**.

Pode ser interposto para trancar ação penal ou inquérito policial, bem como em face de particular, como no clássico exemplo de hospital psiquiátrico que priva o paciente de sua liberdade de ir e vir, ilegalmente, atendendo a pedidos desumanos de filhos ingratos que abandonam os seus pais.

■ 14.11.2.2. Esquematização da evolução histórica do “HC” no constitucionalismo brasileiro

DISPOSITIVO	CONTEÚDO/
Decreto n. 114, de 23.05.1821	Antes da Cor referido decr providências liberdade indi *prisões arbitr* Pedro I).
	Não havia pr

Constituição de 1824	da garantia d Constituição 1824.
Constituição de 1824	Muito embora previsão expr do HC, a Cor tutelou a liber locomoção (a IX) e também hipótese de p
Código Criminal, de 16.12.1830 (arts. 183-188)	Pela primeira ordenamento tivemos a pre terminologia
Código de	Previsão exp

Processo Criminal de Primeira Instância (Lei n. 127, de 29.11.1832 arts. 340-345)	do HC.
Lei n. 2.033, de 20.09.1871 (art. 18)	Ampliou ao a impetração d beneficiar est
	Pela primeira constituciona “Dar-se-á o h

Constituição de 1891 (art. 72, § 22)	sempre que (ou se achar e de sofrer viol por ilegalidad poder”.
EC n. 1, de 03.09.1926, à CF/1891 (restrição da “Teoria Brasileira do HC”: nova redação ao art. 72, § 22, restringindo o remédio à liberdade de	“Dar-se-á o h sempre que a achar em imi sofrer violênc prisão ou cor em sua **liber locomoção**.”

locomoção)	
Constituição de 1934 (art. 113, n. 23)	“Dar-se-á hal sempre que a se achar ame violência ou c **liberdade**, po abuso de pod transgressõe cabe o habea Também rest **locomoção**, expressa, já c surge, pela p **mandado de individual**.
	“Dar-se-á hal

Constituição de 1937 (art. 122, n. 16)	sempre que a achar na imin violência ou c sua **liberdad** nos casos de disciplinar.”
Constituição de 1946 (art. 141, § 23)	“Dar-se-á hal sempre que a achar ameaç violência ou c **liberdade de** ilegalidade ou Nas transgres não cabe o h
Constituição	“Dar-se-á hal sempre que a

de 1967 (art. 150, § 20) (redação idêntica à CF/46)	achar ameaç violência ou c **liberdade de** ilegalidade ou Nas transgres não caberá h
AI-5, de 13.12.1968 (art. 10) (perdurou até a sua revogação pela EC n. 11, de 17.10.1978)	"Fica suspens habeas corpu crimes polític segurança na econômica e economia po
EC n. 1/69	"Dar-se-á hal sempre que a

(art. 153, § 20) (redação idêntica à da Const./67)	achar ameaç violência ou c **liberdade de** ilegalidade ou Nas transgres não caberá h
Constituição de 1988 (art. 5.º, LXVIII)	"Conceder-se sempre que a achar ameaç violência ou c **liberdade de** ilegalidade ou
Constituição de 1988 (art. 142, § 2.º)	"Não caberá relação a pur militares."

14.11.2.3. Competência

O órgão competente para apreciar a ação de *habeas corpus* será

determinado de acordo com a autoridade coatora, sendo que a Constituição prevê algumas situações atribuindo previamente a competência a tribunais, em razão do paciente:

- **art. 102, I, "d":** competência originária do **STF** para processar e julgar *habeas corpus*, quando o paciente for qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores, quais sejam: *a*) alínea "b" — Presidente da República, Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República; *b*) alínea "c"[107] — Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, membros dos Tribunais Superiores, do TCU e chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- **art. 102, I, "i":**[108] competência originária do **STF** para processar e julgar *habeas corpus,* quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância (STF);
- **art. 102, II, "a":** compete ao **STF** julgar, em **recurso ordinário**, *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- **art. 105, I, "c":**[109] competência originária do **STJ** para processar e julgar *habeas corpus,* quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a",[110] ou quando o coator for tribunal sujeito à jurisdição do STJ, ou quando o coator for Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- **art. 105, II, "a":** compete ao **STJ** julgar, em recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos TRFs ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for **denegatória**;
- **art. 108, I, "d":** compete aos TRFs processar e julgar, originariamente, os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;
- **art. 108, II:** compete aos TRFs julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição;
- **art. 109, VII:** aos juízes federais compete processar e julgar os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;
- **art. 121, §§ 3.º e 4.º, V, combinado com o art. 105, I, "c":** Justiça Eleitoral.

14.11.2.4. Espécies

O *habeas corpus* será **preventivo** quando alguém se achar **ameaçado** de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (a restrição à locomoção ainda não se consumou). Nessa situação poderá obter um **salvo-conduto**, para garantir o livre trânsito de ir e vir.

Quando a constrição ao direito de locomoção já se consumou, estaremos diante do *habeas corpus* **liberatório** ou **repressivo**, para cessar a violência ou coação.

14.11.2.5. Punições disciplinares militares

O art. 142, § 2.º, estabelece não caber *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Trata-se da impossibilidade de se analisar o mérito de referidas punições, não abrangendo, contudo, os **pressupostos de legalidade** (hierarquia, poder disciplinar, ato ligado à função e pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente — HC 70.648, Moreira Alves, e, ainda, RE 338.840-RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 19.08.2003).

Essa regra também se aplica aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, por força do art. 42, § 1.º, na redação dada pela EC n. 18/98.

14.11.2.6. "Habeas corpus" impetrado em face de ato da "Turma Recursal" — competência do TJ — superada a S. 690/STF

Conforme vimos no *item 11.6.4* (remetendo o ilustre leitor para a importante discussão lá travada), em se tratando de **Juizados Especiais**, cabe lembrar que o segundo grau de jurisdição é exercido pelas **Turmas Recursais**, compostas por 3 juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado **(Colégio Recursal)** (cf. arts. 41, § 1.º, e 82 da Lei n. 9.099/95).

Mais tecnicamente, poderíamos dizer que as Turmas Recursais funcionam como **segunda instância recursal**, podendo ser enquadradas como **órgãos colegiados de primeiro grau**.

Assim, o STF entendeu **superada** a S. 690, definindo a competência **originária** do **TJ local** para o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais (HC 86.834/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.08.2006, *Inf. 437/STF*).

14.11.3. Mandado de segurança (art. 5.º, LXIX)

14.11.3.1. Introdução

O mandado de segurança, criação brasileira, é uma ação constitucional de natureza civil, qualquer que seja a natureza do ato impugnado, seja ele administrativo, seja ele jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista etc.

Restringido o alcance da "teoria brasileira do *habeas corpus*" pela reforma constitucional de 1926, sob forte influência da doutrina e jurisprudência da época, que buscavam nas ações possessórias instrumentos para suprir a lacuna deixada pela aludida reforma, o mandado de segurança é constitucionalizado em 1934, sendo introduzido na Carta Maior e permanecendo nas posteriores, com exceção da de 1937. Suas regras gerais foram regulamentadas pela Lei n. 1.533, de 31.12.1951 e outros tantos dispositivos, estando, atualmente, disciplinado na **Lei n. 12.016, de 07.08.2009**, objeto de vários questionamentos nas *ADIs 4.296* e *4.403* **(matéria pendente)**.

Assim, podemos identificar como fonte imediata de inspiração do mandado de segurança, no direito brasileiro, a "teoria brasileira do *habeas corpus*", podendo ser destacado, ainda, o art. 13 da Lei n. 221/1894 (ação anulatória de atos da Administração) e o instituto dos interditos possessórios.

Indiretamente, no direito estrangeiro, destacamos o *habeas corpus* e os *writs* do direito anglo-americano, bem como o *juicio de amparo* do direito mexicano.[111]

■ 14.11.3.2. Esquematização da evolução histórica do "MS" no constitucionalismo brasileiro[112]

DISPOSITIVO	CONTEÚDO/
	"Dar-se-á ma segurança pa direito, **certo** ameaçado ou manifestame

Constituição de 1934 (art. 113, n. 23)	**inconstitucio** qualquer auto processo ser habeas corpu sempre ouvid direito públic mandado nã ações petitór (regulamenta 191, de 16.0
Constituição de 1937	**Não** havia pr garantia do " Constituição e a jurisprudê encontravam instrumentos ilegais e viola

	individual.
Constituição de 1946 (art. 141, § 24)	"Para proteg **certo** não an corpus, conc de seguranç autoridade re **ilegalidade** c **poder**."
Constituição de 1967 (art. 150, § 21)	"Conceder-se segurança pa **individual líc** amparado pc seja qual for responsável **abuso de pc**

EC n. 1/69 (art. 153, § 21) (redação idêntica à Const./67)	"Conceder-se segurança pa **individual líc** amparado po seja qual for responsável p **abuso de po**
Constituição de 1988 (art. 5.º, LXIX)	"Conceder-se segurança pa **líquido e cer** por habeas c data, quando **ilegalidade** c for autoridade de pessoa ju de atribuiçõe Público."

14.11.3.3. Abrangência

O constituinte de 1988 assim o definiu: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger **direito líquido e certo**, **não** amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela **ilegalidade ou abuso de poder** for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (art. 5.º, LXIX).

Dessa forma, excluindo-se a proteção de direitos inerentes à **liberdade de locomoção** e ao **acesso ou retificação de informações** relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, através do mandado de segurança busca-se a invalidação de atos de autoridade ou a supressão dos efeitos da omissão administrativa, geradores de lesão a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder.

14.11.3.4. Direito líquido e certo

O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito "manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração".[113]

Importante lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que deverão ser líquidos e certos para o cabimento do *writ*.[114]

14.11.3.5. Ilegalidade ou abuso de poder

O cabimento do mandado de segurança dá-se quando perpetrada **ilegalidade ou abuso de poder** por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Em relação a esses dois requisitos pondera Michel Temer, com precisão: "O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com *abuso de poder*. Portanto, tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários são atacáveis por mandado de segurança, porque a Constituição Federal e a lei ordinária, ao aludirem a *ilegalidade*, estão se referindo ao *ato vinculado*, e ao se referirem a *abuso de poder* estão se reportando ao *ato discricionário*".[115]

14.11.3.6. Legitimidade ativa e passiva

O **legitimado ativo, sujeito ativo, impetrante** é o detentor de "direito

líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*". Assim, dentro do rol "detentor de direito líquido e certo" incluem-se: pessoas físicas (brasileiras ou não, residentes ou não, domiciliadas ou não), jurídicas, órgãos públicos despersonalizados, porém com capacidade processual (Chefias dos Executivos, Mesas do Legislativo), universalidades de bens e direitos (espólio, massa falida, condomínio), agentes políticos (governadores, parlamentares), o Ministério Público etc.

Já o **legitimado passivo, sujeito passivo, impetrado** é a autoridade coatora, responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

De acordo com o art. 6.º, § 3.º, da Lei n. 12.016/2009, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Nos termos do art. 1.º, § 1.º, do referido ato normativo, equiparam-se às autoridades, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

A lei deixa claro, em seu art. 1.º, § 2.º, que não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

14.11.3.7. Competência

A **competência** para processar e julgar o mandado de segurança dependerá da categoria da autoridade coatora e sua sede funcional, sendo definida nas leis infraconstitucionais, bem como na própria CF.

No tocante à competência do mandado de segurança contra atos e omissões de Tribunais, observa Moraes: "o Supremo Tribunal Federal carece de competência constitucional originária para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra qualquer ato ou omissão de Tribunal Judiciário, tendo sido o art. 21, VI, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) inteiramente recepcionado. Por essa razão, a jurisprudência do Supremo é pacífica em reafirmar a competência dos próprios Tribunais para processarem e julgarem os mandados de segurança impetrados contra seus atos e omissões".[116] O mesmo se aplica ao STJ, conforme a Súmula 41. Cf., ainda, a Súmula 624/STF ("não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais").

14.11.3.8. Algumas outras observações

O mandado de segurança pode ser **repressivo** de ilegalidade ou abuso de poder já praticados, ou **preventivo**, quando estivermos diante de ameaça a violação de direito líquido e certo do impetrante. Muitas vezes, para evitar o perecimento do objeto, o impetrante poderá solicitar concessão de liminar.

Nos termos do art. 7.º, III, da Lei n. 12.016/2009, ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Nos termos do art. 7.º, § 2.º, da referida lei, não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

O prazo para impetração do mandado de segurança, de acordo com o art. 23 da lei, é de **120 dias**, contado da ciência, pelo interessado, do ato a ser impugnado.

Analisando a lei anterior (art. 18 da revogada Lei n. 1.533/51), que também fazia previsão do prazo decadencial de 120 dias, o STF já havia se posicionado, considerando perfeitamente possível o estabelecimento de **prazo decadencial** pela lei do mandado de segurança, mesmo porque o que se

opera é a extinção do prazo para impetrar o *writ,* e não a extinção do próprio direito subjetivo, que poderá ser amparado por qualquer outro meio ordinário de tutela jurisdicional (*vide* STF, RMS 21.362, 14.04.1992, *DJU* de 26.06.1992, e S. 632/STF).

A jurisprudência vem consagrando algumas posições em relação ao mandado de segurança, tendo sido algumas incorporadas na lei.

■ 14.11.4. Mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX)

■ 14.11.4.1. Regras gerais

A grande diferença entre o mandado de segurança individual e o coletivo (este último criado pela CF/88) reside em seu **objeto** e na **legitimação ativa**. As ponderações sobre "direito líquido e certo", "ilegalidade e abuso de poder", "legitimação passiva", "campo residual", já estudadas quando tratamos do mandado de segurança individual, deverão ser aqui adotadas no estudo do mandado de segurança coletivo. Passemos, então, às regras específicas sobre o objeto (coletivo *lato sensu*) e sobre a legitimação ativa, que, como veremos, operar-se-á por substituição processual.

■ 14.11.4.2. Objeto, legitimidade ativa e objetivos

■ 14.11.4.2.1. Objeto

Com o mandado de segurança coletivo, busca-se a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (campo residual), contra atos ou omissões ilegais ou com abuso de poder de autoridade, buscando a preservação (preventivo) ou reparação (repressivo) de interesses transindividuais, sejam os **individuais homogêneos** ou **coletivos**.

O art. 21, parágrafo único, da Lei n. 12.016/2009, na linha do que já conceituava o CDC, define:

- **individuais homogêneos:** assim entendidos, para efeito desta lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade, ou de parte dos associados ou membros do impetrante;
- **coletivos:** assim entendidos, para efeito desta lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica.

■ 14.11.4.2.2. Legitimidade ativa

O mandado de segurança coletivo, de acordo com o art. 5.º, LXX, pode ser impetrado por:

- partido político com representação no Congresso Nacional;

- organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que estejam legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.[117]

14.11.4.2.2.1. Partidos políticos

No tocante aos **partidos políticos**, bastará a existência de um único parlamentar na Câmara ou Senado, filiado ao partido, para que se configure a "representação no Congresso Nacional".

A questão discutida é: os partidos políticos poderão representar somente seus filiados e na defesa de, apenas, direitos políticos? Entendemos que não, podendo defender qualquer direito inerente à sociedade, pela própria natureza do direito de representação previsto no art. 1.º, parágrafo único.

CUIDADO: essa, todavia, não é a posição adotada pelo STJ,[118] em nosso entender, *data venia*, restritiva do previsto na CF, burlando o objetivo maior de defesa da sociedade, já que o constituinte originário não colocou qualquer limitação à atuação dos partidos políticos, a não ser a representação no Congresso Nacional.

Nesse sentido, conforme já apontado, o art. 21 da Lei n. 12.016/2009 estabelece que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por **partido político** com representação no Congresso Nacional na defesa de seus interesses legítimos relativos:

- **a seus integrantes; ou**
- **à finalidade partidária**.

14.11.4.2.2.2. Organizações sindicais, entidades de classe e associações

Já as **organizações sindicais**, **entidades de classe** e **associações** deverão preencher os seguintes requisitos constitucionais:

- estar legalmente constituídas;
- atuar na defesa dos interesses dos seus membros ou associados.

O requisito de **estarem em funcionamento há pelo menos 1 ano** é **exclusivo** das **associações**, não sendo exigida referida pré-constituição ânua para os partidos políticos, organizações sindicais e entidades de classe.

Nesse sentido, "tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevida a exigência de um ano de constituição e funcionamento, porquanto **esta restrição destina-se apenas às associações**, nos termos do art. 5.º, LXX, 'b', *in fine*, da CF..." (RE 198.919-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, 15.06.1999, *Inf. 154/STF*).

Acompanhando jurisprudência do STF, entendemos que não há

necessidade de autorização específica dos membros ou associados, desde que **haja previsão expressa no estatuto social**.

Ao se referir à defesa dos interesses dos membros ou associados, a Constituição estabeleceu a necessária existência de **pertinência temática** do objeto da ação coletiva com os objetivos institucionais do sindicato, entidade de classe ou associação.

Trata-se de verdadeira **substituição processual** (legitimação extraordinária) das entidades representando direitos alheios de seus associados.

Por fim, tendo em vista a relevância da matéria, destaca-se (*Inf. 431/STF*): "concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários nos quais se discutia sobre o âmbito de incidência do inciso III do art. 8.º da CF/88 ('ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas') (...), conheceu dos recursos e lhes deu provimento para reconhecer que o referido dispositivo assegura **ampla legitimidade ativa *ad causam* dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes**" (RE 193.503/SP, RE 193.579/SP, RE 208.983/SC, RE 210.029/RS, RE 211.874/RS, RE 213.111/SP, RE 214.668/ES, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, 12.06.2006).

■ 14.11.4.2.3. Objetivos

Os dois objetivos buscados com a criação do mandado de segurança coletivo, no entender de Michel Temer, são:[119]

- ■ fortalecimento das organizações classistas;
- ■ "pacificar as relações sociais pela solução que o Judiciário dará a situações controvertidas que poderiam gerar milhares de litígios com a consequente desestabilização da ordem social".

■ 14.11.5. Mandado de injunção (art. 5.º, LXXI)

■ 14.11.5.1. Aspectos gerais

A Constituição estabelece que se concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Trata-se, juntamente com o mandado de segurança coletivo e o *habeas data*, de remédio constitucional introduzido pelo constituinte originário de 1988.

Os dois requisitos constitucionais para o mandado de injunção são:

- norma constitucional de **eficácia limitada**, prescrevendo **direitos, liberdades constitucionais** e **prerrogativas** inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;
- falta de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas acima mencionados (omissão do Poder Público).

Dessa forma, assim como a *ADI por omissão* (já estudada quando abordamos o tema *controle de constitucionalidade das leis*), o mandado de injunção surge para "curar" uma "doença" denominada **síndrome de inefetividade das normas constitucionais**, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional.

São, portanto, de *aplicabilidade mediata* e *reduzida*, dividindo-se em dois grandes grupos: *a*) *normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos*: normalmente criam órgãos (arts. 91, 125, § 3.º, 131...); *b*) *normas declaratórias de princípios programáticos*: veiculam programas a serem implementados pelo Estado (ex.: arts. 196, 215, 218, *caput*...).

Dentre as várias distinções, Dirley da Cunha Júnior, em importante monografia sobre o tema das omissões do Poder Público, observa que "o mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de *garantia individual*, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de *garantia da Constituição*".[120]

14.11.5.2. Legitimidade ativa e passiva

Qualquer pessoa poderá impetrar o mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora estiver inviabilizando o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O STF, inclusive, admitiu o ajuizamento de **mandado de injunção coletivo**, sendo legitimadas, por analogia, as mesmas entidades do mandado

de segurança coletivo. O requisito será a falta de norma regulamentadora que torne inviáveis os direitos, liberdades ou prerrogativas dos membros ou associados (indistintamente).[121]

E pessoa jurídica de direito público, pode impetrar o MI?

Trata-se de situação distinta daquela do *MI coletivo*, qual seja, nesta hipótese, a pessoa jurídica de direito público impetraria o MI em seu nome próprio e tendo por fundamento a falta de norma da Constituição que inviabilize, para a entidade de direito público, o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Embora exista decisão não admitindo a legitimação ativa da pessoa jurídica de direito público para a impetração do MI (MI 537/SC, *DJ* de 11.09.2001), o STF parece ter superado esse entendimento anterior, nos termos do **MI 725**.

No caso concreto, entendeu o STF, nos termos do voto do relator, Min. Gilmar Mendes, tendo por fundamento o "recurso de amparo" do direito ibero-americano, que "não se deve negar aos municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais (...) e a eventual possibilidade das ações constitucionais cabíveis para a sua proteção". Assim, destacando que as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares de direitos fundamentais, "parece bastante razoável a hipótese em que o município, diante de omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção" (cf. *Inf. 466/STF* — j. 10.05.2007, *DJ* de 28.05.2007).

No tocante ao **polo passivo** da ação, somente a pessoa estatal poderá ser demandada e nunca o particular (que não tem o dever de regulamentar a CF). Ou seja, os entes estatais é que devem regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada, como o Congresso Nacional.

■ 14.11.5.3. Competência

A competência vem prevista nos arts.: 102, I, "q", 102, II, "a", 105, I, "h", 121, § 4.º, V, e 125, § 1.º:

- ■ **102, I, "q":** compete ao **STF**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio STF;
- ■ **102, II, "a":** compete ao **STF** processar e julgar em **recurso**

ordinário o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

- **105, I, "h":** compete ao **STJ** processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;
- **121, § 4.º, V:** competência atribuída ao TSE para julgar em grau de recurso mandado de injunção denegado pelo TRE;
- **125, § 1.º:** estabelece que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na CF, sendo a competência dos tribunais definida na Constituição do Estado. No Estado de São Paulo, o mandado de injunção contra autoridades estaduais e municipais é da competência originária do TJ (art. 74, V, da CE/SP — *vide RJTJSP* 176/92).

14.11.5.4. Procedimento e efeitos da decisão

O mandado de injunção previsto constitucionalmente, já decidiu o STF, é autoaplicável, sendo adotado, analogicamente e no que couber, o rito do mandado de segurança (parágrafo único do art. 24 da Lei n. 8.038/90).

No tocante aos efeitos da decisão, tanto a doutrina como a jurisprudência são controvertidas, destacando-se os seguintes posicionamentos:



- **posição concretista geral:** através de normatividade geral, o STF legisla no caso concreto, produzindo a decisão efeitos *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa pelo Legislativo;
- **posição concretista individual direta:** a decisão, implementando o direito, valerá somente para o autor do mandado de injunção, diretamente;
- **posição concretista individual intermediária:** julgando procedente o mandado de injunção, o Judiciário fixa ao Legislativo prazo para

elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o autor passa a ter assegurado o seu direito;

- **posição não concretista:** a decisão apenas decreta a mora do poder omisso, reconhecendo-se formalmente a sua inércia.

A posição **não concretista**, por muito tempo, foi a dominante no STF (*vide* MI 107-DF).

Esse posicionamento sofreu as nossas críticas, na medida em que se tornaria inviável o exercício de direitos fundamentais, na persistência da inércia legislativa. A providência jurisdicional, nesses termos, mostrava-se **inócua**.

Avançando, o STF adotou em alguns casos a **posição concretista individual intermediária**, que corresponde à do Ministro Néri da Silveira, qual seja, fixar um prazo e comunicar o Legislativo omisso para que elabore a norma naquele período. Decorrido *in albis* o prazo fixado, o autor passaria a ter o direito pleiteado (efeitos *inter partes*). (*Vide* MI 232-1-RJ, *RDA* 188/155).

Dependendo da situação, contudo, já alertávamos em edições anteriores que, se passado período de tempo desarrazoado para que o Legislativo suprisse o *silêncio legislativo*, o STF já poderia, mesmo sem conceder prazo, de imediato regulamentar o direito violado.

No voto do Ministro Marco Aurélio, no **MI 721/DF**, que pretendia fosse suprida a inércia em relação ao art. 40, § 4.º, a fim de viabilizar o exercício do direito à aposentadoria especial, "... salientando o caráter **mandamental** e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou que **cabe** ao Judiciário, por força do disposto no art. 5.º, LXXI e seu § 1.º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas **viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador**. Após, pediu vista dos autos o Min. Eros Grau" (MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27.09.2006, *Inf. 445/STF*).

Em 30.08.2007, por unanimidade, o Pleno do STF acompanhou o voto do Ministro relator, Marco Aurélio, para deferir ao impetrante o direito à aposentadoria, nos termos do art. 57 da Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre planos de benefícios da Previdência Social.[122]

No julgamento do **MI 695/MA**, que questionava a mora do Legislativo em regulamentar o art. 7.º, XXI, da CF/88 (*aviso prévio proporcional*), o STF reconheceu que, "... não fosse o pedido da inicial, limitado a requerer a comunicação ao órgão competente para a imediata regulamentação da norma, seria talvez a **oportunidade de reexaminar a posição do Supremo em**

relação à natureza e à eficácia do mandado de injunção, nos termos do que vem sendo decidido no MI 670/ES" (*v. Inf. 430/STF* e MI 695/MA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1.º.03.2007, *Inf. 457/STF*).[123]

Por fim, destacamos o julgamento dos **MIs 670, 708 e 712**, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), buscando assegurar o direito de greve para seus filiados, tendo em vista a inexistência de lei regulamentando o art. 37, VII, da CF/88.

O STF, em importante decisão, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado, Lei n. 7.783/89.

A aplicação da lei não se restringiu aos impetrantes, mas a todo o funcionalismo público (sobre o exercício do direito de greve pelos **policiais civis**, **não reconhecido** pelo **STF**, cf. *item 13.7.11*). Assim, pode-se afirmar que o STF consagrou, em referido julgamento, a **teoria concretista geral**.[124]

Dessa forma, o STF, especialmente diante da regra contida no art. 5.º, § 1.º, que estabelece terem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais **aplicação imediata**, vem regulando provisoriamente o tema, até que o Congresso Nacional normatize a matéria, concretizando, assim, os direitos fundamentais.

Conforme anotou Gilmar Mendes, "o Tribunal adotou, portanto, uma moderada *sentença de perfil aditivo*, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão".[125]

14.11.5.5. Perspectivas de um "ativismo judicial"

Por todo o exposto, parece-nos que, diante da **inércia** não razoável do legislador, o Judiciário, em uma **postura ativista**, passa a ter elementos para suprir a omissão, conforme se verificou nos vários exemplos, fazendo com que o direito fundamental possa ser realizado.

Não se pode admitir que temas tão importantes, como o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, possam ficar sem regulamentação por mais de 20 anos. O Judiciário, ao agir, **realiza direitos fundamentais**, e, nesse sentido, as técnicas de controle das omissões passam a ter efetividade.

Naturalmente, saindo da inércia, a nova lei a ser editada pelo Legislativo deverá ser aplicada, podendo, é claro, no futuro, vir a ser questionada no Judiciário.

Essa a nova perspectiva. Não se incentiva um Judiciário a funcionar como legislador positivo no caso da existência de lei, mas, havendo falta de lei e sendo a inércia **desarrazoada**, **negligente** e **desidiosa**, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo mandado de injunção (MI), seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

■ 14.11.6. Habeas data (art. 5.º, LXXII)

■ 14.11.6.1. Aspectos gerais

Introduzido pela CF/88, conceder-se-á ***habeas data***:

- ■ para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- ■ para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A garantia constitucional do *habeas data*, regulamentada pela Lei n. 9.507, de 12.11.1997, destina-se a disciplinar o direito de acesso a informações, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, para o **conhecimento ou retificação** (tanto informações erradas como imprecisas, ou, apesar de corretas e verdadeiras, desatualizadas), todas referentes a **dados pessoais**, concernentes à **pessoa do impetrante**.[126]

Essa garantia não se confunde com o direito de obter certidões (art. 5.º, XXXIV, "b"), ou informações de interesse particular, coletivo ou geral (art. 5.º, XXXIII). Havendo recusa no fornecimento de certidões (para a defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal, próprio ou de terceiros), ou informações de terceiros o remédio próprio é o **mandado de segurança**, e não o *habeas data*. Se o pedido for para assegurar o conhecimento de informações relativas à **pessoa do impetrante**, como visto, o remédio será o *habeas data*.

A sutileza da primeira distinção foi muito bem apreendida por Michel Temer: "O *habeas data* também não pode ser confundido com o direito à obtenção de certidões em repartições públicas. Ao pleitear certidão, o solicitante deve demonstrar que o faz para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5.º, XXXIV, 'b'). No *habeas data* basta o simples desejo de conhecer as informações relativas à sua pessoa, independentemente da demonstração de que elas se prestarão à defesa de direitos".[127]

■ 14.11.6.2. Legitimidade ativa e passiva

Qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá ajuizar a ação constitucional de *habeas data* para ter acesso às informações a seu respeito.

O **polo passivo** será preenchido de acordo com a natureza jurídica do banco de dados. Em se tratando de registro ou banco de dados de **entidade governamental**, o sujeito passivo será a pessoa jurídica componente da administração direta e indireta do Estado. Na hipótese de registro ou banco de dados de **entidade de caráter público**, a entidade que não é governamental, mas, de fato, privada, figurará no polo passivo da ação.

O art. 1.º, parágrafo único, da Lei n. 9.507/97 considera de caráter público "todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações".

Assim, perfeitamente possível enquadrarmos as empresas privadas de serviço de proteção ao crédito (SPC) no polo passivo na ação de *habeas data*. Aliás, o art. 43, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) estabelece que "os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados **entidades de caráter público**".

■ 14.11.6.3. Procedimento

Acompanhando posição do antigo TFR (HD 7-DF, 16.03.1989, *DJU* de 15.05.1989), do STJ (materializada em sua Súmula 2), bem como do STF (RHD 22-8-DF), o art. 8.º da lei regulamentadora estabelece a necessária recusa de informações pela autoridade, sob pena de, inexistindo pretensão resistida, a parte ser julgada carecedora da ação, por falta de interesse processual.[128]

O art. 21 da lei do *habeas data*, em cumprimento ao dispositivo constitucional constante do art. 5.º, LXXVII, estabeleceu serem **gratuitos** o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotações de justificação, bem como a ação de *habeas data*.

■ 14.11.6.4. Competência

As regras sobre competência estão previstas na Constituição e no art. 20 da Lei n. 9.507/97:

- **art. 102, I, "d":** competência originária do **STF** para processar e julgar o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF;

■ **art. 102, II, “a”:** compete ao **STF** julgar em recurso ordinário o *habeas data* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

■ **art. 105, I, “b”:**[129] compete ao **STJ** processar e julgar, originariamente, os *habeas data*, contra ato do Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ou do próprio tribunal;

■ **art. 108, I, “c”:** competência originária dos **TRFs** para processar e julgar os *habeas data* contra ato do próprio tribunal ou do juiz federal;

■ **art. 109, VIII:** aos **juízes federais** compete processar e julgar os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

■ **art. 121, § 4.º, V:** competência atribuída ao **TSE** para julgar em grau de recurso *habeas data* denegado pelo TRE;

■ **art. 125, § 1.º:** em relação aos Estados a competência será definida pela **Constituição Estadual** (art. 74, III, da CE/SP).

■ 14.11.7. Ação popular (art. 5.º, LXXIII)

■ 14.11.7.1. Aspectos gerais

Muito embora o texto de 1824 falasse em ação popular, nos termos do art. 157,[130] parece que esta se referia a certo caráter disciplinar ou mesmo penal. Desse modo, concordamos com Mancuso, ao sustentar que o texto de 1934 foi “o primeiro texto constitucional que lhe deu guarida”.[131]

Elevada ao nível constitucional em **1934**, retirada da Constituição de 1937, retornou na de 1946 e permanece até os dias atuais, estando prevista no art. 5.º, LXXIII, da CF/88, nos seguintes termos:[132]

> “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Assim como o voto, a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo, a **ação popular**, corroborando o preceituado no art. 1.º, parágrafo único, da CF/88, constitui importante instrumento de democracia direta e participação política. Busca-se a proteção da *res publica*, ou, utilizando uma nomenclatura mais atualizada, tem por escopo a proteção dos interesses difusos.[133]

■ 14.11.7.2. Esquematização da evolução histórica da “ação popular” no constitucionalismo brasileiro

DISPOSITIVO	CONTEÚDO/
Constituição de 1934 (art. 113, n. 38)	"Qualquer **ci** legítima para declaração d anulação dos patrimônio da Estados ou d
Constituição de 1937	**Não** houve pr da ação popu
Constituição de 1946 (art. 141, § 38)	"Qualquer **ci** legítima para ou a declaraç **atos lesivos** União, dos Es Municípios, d

	autárquicas e de economia
Constituição de 1967 (art. 150, § 31)	"Qualquer **cid** legítima para popular que v **lesivos** ao pa entidades pú
EC n. 1/69 (art. 153, § 21) (redação idêntica à Const./67)	"Qualquer **cid** legítima para popular que v **lesivos** ao pa entidades pú
	"Qualquer **cid** legítima para popular que v **lesivo** ao pat

Constituição de 1988 (art. 5.º, LXXIII) (ampliação de seu objeto)	de entidade c participe, à **m administrativ ambiente e a histórico e c autor, salvo fé, isento de do ônus da s** Lei n. 4.717,

14.11.7.3. Requisitos

Deve haver **lesividade**:

- ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (entenda-se entidades da administração direta, indireta, incluindo portanto as entidades paraestatais, como as empresas públicas, sociedades de economia mista..., bem como toda pessoa jurídica subvencionada com dinheiro público);[134]
- à moralidade administrativa;
- ao meio ambiente;
- ao patrimônio histórico e cultural.

Por lesividade deve-se entender, também, ilegalidade, pois, como assinalou Temer, "embora o texto constitucional não aluda à ilegalidade, ela está sempre presente nos casos de lesividade ao patrimônio público".[135]

Apesar dessa constatação em relação ao **patrimônio público**, resta indagar se o binômio **lesividade/ilegalidade** deve sempre estar presente como requisito para a propositura da ação popular. Embora reconheça dificuldade, José Afonso da Silva observa: "na medida em que a Constituição amplia o

âmbito da ação popular, a tendência é a de erigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato”. Essa autonomia do requisito da **lesividade** fica mais evidente em relação à **moralidade administrativa**, na medida em que não é meramente subjetiva nem puramente formal, tendo “... conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração”.[136]

Nesse sentido, Mancuso defende que a Constituição erigiu a **moralidade administrativa** a **fundamento autônomo** para a propositura da ação popular. Em suas palavras, “... se a causa da ação popular for um ato que o autor reputa ofensivo à moralidade administrativa, sem outra conotação de palpável lesão ao erário, cremos que em princípio a ação poderá vir a ser acolhida, em restando provada tal pretensão...”.[137]

Outro requisito, como veremos, diz respeito à legitimidade ativa, que pertence apenas ao **cidadão**.

14.11.7.4. Legitimidade ativa e passiva

Somente poderá ser autor da ação popular o **cidadão**, assim considerado o brasileiro nato ou naturalizado, desde que esteja no pleno gozo de seus direitos políticos, provada tal situação (e como requisito essencial da inicial) através do título de eleitor, ou documento que a ele corresponda (art. 1.º, § 3.º, da Lei n. 4.717/65).

Assim, excluem-se do polo ativo os estrangeiros, os apátridas, as pessoas jurídicas (*vide* Súmula 365 do STF) e mesmo os brasileiros que estiverem com os seus direitos políticos suspensos ou perdidos (art. 15 da CF/88).

Entendemos que aquele entre 16 e 18 anos, que tem título de eleitor, pode ajuizar a ação popular sem a necessidade de assistência, porém, **sempre por advogado** (capacidade postulatória). Nesse sentido:

> “A Constituição da República estabeleceu que o *acesso à justiça* e o *direito de petição* são direitos fundamentais (art. 5.º, XXXIV, ‘a’, e XXXV), porém estes não garantem a quem não tenha capacidade postulatória litigar em juízo, ou seja, é **vedado o exercício do direito de ação sem a presença de um advogado**, considerado ‘indispensável à administração da justiça’ (art. 133 da Constituição da República e art. 1.º da Lei n. 8.906/94), com as **ressalvas legais**. (...) Incluem-se, ainda, no rol das exceções, as ações protocoladas nos juizados especiais cíveis, nas causas de valor até vinte salários mínimos (art. 9.º da Lei n. 9.099/95) e as ações trabalhistas (art. 791 da CLT), **não fazendo parte dessa situação privilegiada a ação popular**” (AO 1.531-AgR, voto da Min. Cármen Lúcia, j. 03.06.2009, Plenário, *DJE* de 1.º.07.2009).

Teoricamente, se houver reciprocidade (art. 12, § 1.º), o português

poderá ajuizar a ação popular. Na prática, contudo, como existe vedação da Constituição de Portugal, não seria possível, pois não há como estabelecer a reciprocidade.

No **polo passivo**, de acordo com o art. 6.º da lei, que é extremamente minucioso, figurarão o agente que praticou o ato, a entidade lesada e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público.

O art. 6.º, § 3.º, da lei permite que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, abstenha-se de contestar o pedido ou atue ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

O Ministério Público, **parte pública autônoma**, funciona como fiscal da lei, mas se o autor popular desistir da ação poderá (entendendo presentes os requisitos) promover o seu prosseguimento (art. 9.º da lei).

■ 14.11.7.5. Competência

■ 14.11.7.5.1. Regra geral — juízo de primeiro grau

As regras de competência dependerão da origem do ato ou omissão a serem impugnados. Para exemplificar, se o patrimônio lesado for da União, competente será a Justiça Federal (*vide* art. 5.º da lei), e assim por diante.

Cabe alertar que "a competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República, é, **em regra**, do juízo competente de primeiro grau. Precedentes. Julgado o feito na primeira instância, se ficar configurado o impedimento de mais da metade dos desembargadores para apreciar o recurso voluntário ou a remessa obrigatória, ocorrerá a competência do Supremo Tribunal Federal, com base na letra 'n' do inciso I, segunda parte, do artigo 102 da Constituição Federal" (AO 859-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 1.º.08.2003).

Assim, pode ser que, fugindo à regra geral da competência do juízo de primeiro grau, caracterize-se a competência **originária** do **STF** para o julgamento da ação popular, como nas hipóteses das alíneas "f"[138] e "n"[139] do art. 102, I, da CF/88, quais sejam, respectivamente:

- ■ as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- ■ a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados.

14.11.7.5.2. SEBRAE — competência da Justiça comum

Segundo compilado no *Inf. 447/STF*, "compete à Justiça Comum o julgamento de causas que envolvam o SEBRAE", e não à Justiça Federal. Isso porque "... entendeu-se que o referido ente não corresponde à noção constitucional de autarquia, a qual deve ser criada por lei específica (CF, art. 37, XIX) e não na forma de sociedade civil, com personalidade de direito privado, como no caso. Ademais, asseverou-se que o disposto no art. 20, 'c', da mencionada Lei 4.717/65 não transformou em autarquia as entidades de direito privado que recebem e aplicam contribuições parafiscais, mas apenas as incluiu no rol de proteção da ação popular. Precedente citado: RE 336.168/SC (*DJU* de 14.05.2004)" (**RE 414.375/SC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 31.10.2006).

14.11.7.5.3. Ação popular contra o CNMP — incompetência do STF

O STF "... não conheceu de ação popular ajuizada por advogado contra o Conselho Nacional do Ministério Público — CNMP, na qual se pretendia a nulidade de decisão, por este proferida pela maioria de seus membros, que prorrogara o prazo concedido, pela Resolução 5/2006, aos membros do Ministério Público ocupantes de outro cargo público, para que estes retornassem aos órgãos de origem. Entendeu-se que a alínea 'r', do inciso I, do art. 102 da CF ('Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal... I — processar e julgar, originariamente:... *r*) as ações contra o... Conselho Nacional do Ministério Público;'), introduzida pela EC 45/2004, refere-se a ações contra os respectivos colegiados e não aquelas em que se questiona a responsabilidade pessoal de um ou mais conselheiros, caso da ação popular. Salientou-se, tendo em conta o que disposto no art. 6.º, § 3.º, da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que o CNMP, por não ser pessoa jurídica, mas órgão colegiado da União, nem estaria legitimado a integrar o polo passivo da relação processual da ação popular. Asseverou-se, no ponto, que, ainda que se considerasse a menção ao CNMP como válida à propositura da demanda contra a União, seria imprescindível o litisconsórcio passivo de todas as pessoas físicas que, no exercício de suas funções no colegiado, tivessem concorrido para a prática do ato, ou seja, os membros que compuseram a maioria dos votos da decisão impugnada. Por fim, ressaltando a jurisprudência da Corte no sentido de, tratando-se de ação popular, admitir sua competência originária somente no caso de incidência da alínea 'n' do inciso I do art. 102, da CF ou de a lide substantivar conflito entre a União e Estado-membro, concluiu-se que, mesmo que emendada a petição inicial no tocante aos sujeitos passivos da lide e do pedido, não seria o caso de competência originária" (Pet 3.674 QO/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04.10.2006, *Inf. 443/STF*).

14.11.7.5.4. Incompetência originária do STF e indicação do órgão competente

Aproveitamos a análise do precedente anterior[140] para discutir se o STF deveria, além de reconhecer a sua incompetência originária, remeter os autos ao juízo competente.

Como se sabe, o STF reconheceu o **princípio da reserva constitucional de competência originária**, e, assim, toda a atribuição do STF está explicitada, taxativamente, no art. 102, I, da CF/88, pedindo-se vênia para transcrever o importante precedente:

"A competência do STF — cujos fundamentos repousam na Constituição da República — submete-se a **regime de direito estrito**. A competência originária do STF, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional — e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida — não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o STF, por efeito da **taxatividade do rol constante da Carta Política**, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, *b* e *c*), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, *d*). Precedentes" (Pet. 1.738-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.09.1999, *DJ* de 1.º.10.1999).

Partindo dessa premissa, resta analisar se o STF deve ou não indicar o órgão que repute competente, na hipótese de não reconhecer a sua competência originária.

Após longa discussão, com argumentos interessantes trazidos pelo Min. Lewandowski, o STF entendeu, nos termos do art. 113, § 2.º, do CPC e do art. 21, § 1.º, do *RISTF*, na redação dada pela Emenda Regimental n. 21/2007, que é atribuição do STF **indicar o órgão que repute competente** para o julgamento do feito ajuizado originariamente, atribuição essa autorizada, inclusive, ao Relator monocraticamente (cf. Pet. 3.986 AgR/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.6.2008, *Inf. 512/STF*).

14.11.7.6. Outras regras

Desde que presentes os requisitos legais (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), perfeitamente possível a concessão de liminar, podendo a ação popular ser tanto **preventiva**, visando evitar atos lesivos, como **repressiva**, buscando o ressarcimento do dano, a anulação do ato, a recomposição do patrimônio público lesado, indenização etc.

A coisa julgada se opera *secundum eventum litis*, ou seja, se a ação for julgada **procedente ou improcedente por ser infundada**, produzirá efeito de coisa julgada oponível *erga omnes*. No entanto, se a improcedência se der por deficiência de provas, haverá apenas a coisa julgada formal, podendo qualquer cidadão intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 18 da lei), já que não terá sido analisado o mérito.

Julgada improcedente a ação (pelo art. 267 ou 269 do CPC), só produzirá efeitos depois de passar pelo duplo grau obrigatório de jurisdição. Julgada procedente, a apelação será recebida no seu duplo efeito: devolutivo e suspensivo (art. 19 da lei).

O autor da ação popular é isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé.

■ 14.12. QUESTÕES

■ 14.12.1. Direitos fundamentais

1. (OAB/100.º) Direitos e suas garantias: os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens. Assinale a alternativa em que não se verifica a correspondência entre o direito e sua garantia:

a) todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza — art. 5.º (direito). A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei — art. 5.º, XLII (garantia);
b) é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato — art. 5.º, IV (direito). É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem — art. 5.º, V (garantia);
c) é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz — art. 5.º, XV (direito). Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder — art. 5.º, LXVIII (garantia);
d) é plena a liberdade de associação — art. 5.º, XVII (direito). Conceder-se-á *habeas data* — art. 5.º, LXXII (garantia).

Resposta: “d”.

2. (MP/80.º) Pode ser extraditado o brasileiro naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei. Esta afirmativa:

a) mostra-se incompleta, porque não só o brasileiro naturalizado como também o nato pode ser extraditado;
b) mostra-se compatível com o que dispõe a CF, no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos;
c) mostra-se incompatível com esse mesmo capítulo;
d) mostra-se incorreta, porque importa o momento da prática do crime comum, se antes ou após a naturalização;
e) mostra-se incorreta, porque a prática de crime comum não autoriza a extradição.

Resposta: “b”. De acordo com o art. 5.º, LI, e configurando uma das situações em que a Constituição desiguala o brasileiro nato do naturalizado: a) brasileiro nato: nunca será extraditado; b) brasileiro naturalizado: b.1) crime comum — somente se praticado antes da naturalização; b.2) comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei — não importa o momento do fato, podendo ser extraditado se praticou o crime antes ou depois da naturalização.

3. (Magistratura/169.º) As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, são asseguradas aos litigantes nos processos:

a) judiciais cíveis e criminais;
b) judiciais e administrativos;
c) judiciais de natureza criminal;
d) judiciais e administrativos que tenham por objeto a demissão de servidor público.

Resposta: “b”. Art. 5.º, LV.

4. (Magistratura/171.º) Constitui embaraço à plena liberdade de informação dos meios de comunicação:

a) o exercício do direito de resposta, proporcional ao agravo;
b) o ressarcimento pelos danos morais causados por informação que violou a vida privada;
c) dispositivo de lei ordinária que obrigue a revelação da fonte das informações veiculadas por jornalistas;
d) condenação judicial de jornalista que, em matéria assinada, pratica o crime de calúnia contra alguém.

Resposta: “c”. Art. 5.º, XIV.

5. (Magistratura/172.º) A casa é asilo inviolável do indivíduo. Por isso, nela ninguém pode penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou:[141]

a) para prestar socorro em caso de desastre ou para cumprir determinação judicial;
b) desastre, ou para prestar socorro, ou, de dia ou à noite, por determinação judicial;
c) desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
d) para prestar socorro, ou, em qualquer hora do dia ou da noite, mediante determinação judicial, necessária esta mesmo em caso de desastre.

Resposta: "c". Cf. art. 5.º, XI.

6. (OAB/102.º) "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (CF, art. 5.º, XXXV). Tal dispositivo consagra o princípio:

a) do juiz natural;
b) do remédio de injunção;
c) da tutela jurisdicional;
d) da isonomia perante a lei.

Resposta: "c".

7. (OAB/102.º) Assinale a alternativa correta:

a) a pena de morte não pode ser aplicada no Brasil, em nenhuma hipótese;
b) a pena de morte pode ser introduzida no Brasil por meio de emenda constitucional;
c) a pena de morte pode ser aplicada em caso de guerra declarada;
d) a pena de morte pode ser introduzida em processo de revisão constitucional.

Resposta: "c". De acordo com o art. 5.º, XLVII, "a". Não poderá ser introduzida através de emenda constitucional, por ferir a cláusula pétrea do direito e garantia individual, prevista no art. 60, § 4.º, IV.

8. (OAB/105.º) Pessoa que se exime de prestar serviço militar, alegando motivo de crença religiosa e se recusa a prestar serviços alternativos:

a) é privado dos seus direitos sociais;
b) é privado do *status* de cidadão e dos direitos dele decorrentes;
c) tem seus direitos e garantias individuais suspensos;
d) não pode ser privado de nada, porque a Constituição prevê liberdade de credo religioso.

Resposta: "b". De acordo com o art. 5.º, VIII, combinado com o art. 15, IV.

9. (OAB/105.º) A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Essa norma:

a) proíbe atos jurídicos imperfeitos;
b) permite a retroatividade da lei;
c) proíbe a retroprojeção da lei;
d) faculta ao legislador a iniciativa de certas leis.

Resposta: "c". De acordo com o art. 5.º, XXXVI.

10. (OAB/109.º) Artistas que participaram de uma telenovela que, após exibição no Brasil, será reapresentada no exterior, encontram proteção à sua participação nos lucros, nas garantias constitucionais:

a) do direito adquirido;
b) de proteção à reprodução da imagem e voz;
c) da inviolabilidade das comunicações;
d) do direito à liberdade de expressão da atividade artística.

Resposta: "b". De acordo com o art. 5.º, XXVIII, "a".

11. (MP/82.º) Assinale o enunciado que não está em consonância com um dos incisos do art. 5.º, da Constituição Federal:

a) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária;
b) não intentada a ação penal pública dentro do prazo legal, será admitida ação penal privada;
c) é permitido reunir-se pacificamente, sem armas, em lugar aberto ao público, independentemente de prévio aviso à autoridade competente, desde que não frustre outra reunião anteriormente convocada;
d) o estrangeiro não será extraditado em razão de prática de crime político ou de opinião;
e) não haverá identificação criminal daquele que já possuir identificação civil, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Resposta: "c". Cf. os incisos: LXI, LIX, XVI, LII e LVIII, todos do art. 5.º da CF/88.

12. (OAB/119.º) A Constituição Federal assegura expressamente, em seu art. 5.º:

I. o direito de herança;
II. a impenhorabilidade do bem de família;
III. ao preso, o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Pode-se afirmar que estão corretos os itens

a) I e II, apenas;
b) I e III, apenas;
c) II e III, apenas;

d) I, II e III.

Resposta: “b”. Os direitos I e III estão previstos nos respectivos incisos XXX e LXIV do art. 5.º da CF/88. O direito da impenhorabilidade do bem de família não está assegurado expressamente na CF, mas decorre do sistema, especialmente do art. 226, *caput* (*vide, v.g., JTJSP-LEX* 141/246 e *STJ*, REsp 6.708/PR). Como a questão pedia para assinalar os direitos expressamente previstos no art. 5.º, corretos somente os itens I e III. Cuidado com este tipo de “pegadinha” que, infelizmente, aparece nos concursos e “derruba” bons candidatos!

13. (CESPE/UnB Defensoria Pública DF/2006) Com referência ao uso de algemas em pessoas investigadas ou processadas criminalmente, julgue os itens que se seguem sob a perspectiva dos direitos e das garantias fundamentais.

1. É possível inferir, a partir dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma forma juridicamente válida de uso de algemas, embora, acerca dessa matéria, haja omissão nos Códigos Penal e de Processo Penal.
2. Em situações em que o preso não demonstre reação violenta nem recuse as providências policiais necessárias à sua condução, não está autorizada a utilização de algemas.
3. As algemas não podem ser utilizadas sob o argumento de se evitar agressão do preso contra si mesmo.
4. O argumento da prevenção da fuga do preso só pode ser invocado para justificar o uso de algemas quando houver fundada suspeita ou justificado receio de que isso possa vir a ocorrer.

Resposta: todas as proposições estão corretas, exceto a de número 3. Isso porque o STF entendeu que “o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” (HC 89.429, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22.08.2006, *DJ* de 02.02.2007).

14. (Defensoria Pública SP — 2006 — FCC) O reconhecimento de iguais direitos aos homossexuais e a igual valoração jurídica das relações afetivas e eróticas entre pessoas do mesmo sexo:

a) dependem de modificação constitucional através de manifestação do Poder Constituinte Derivado, uma vez que o inciso IV do art. 3.º não previu a discriminação por orientação sexual;
b) ferem o princípio democrático e a regra da maioria, já que o Direito, ao determinar ou escolher uma moral, deve privilegiar a moral da maioria;

c) decorrem do sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais, que proíbe quaisquer formas de discriminação e garante a dignidade da pessoa humana;
d) estão sujeitos à evolução social e cultural da sociedade em que vivemos, uma vez que para o "homem comum" as práticas homossexuais são antinaturais e contrariam as convicções religiosas compartilhadas;
e) necessitam de legislação infraconstitucional para efetivação, pois as normas constitucionais incidentes são de eficácia limitada.

Resposta: "c". Cf. *Inf. 414/STF* (ADI-3.300) — Homoafetividade — União entre pessoas do mesmo sexo — Qualificação como entidade familiar (Transcrições).

15. (MP/MG 2007) É CORRETO afirmar que a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela:

a) lei estrangeira.
b) lei pessoal do *de cujus*, desde que não estrangeira.
c) lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*.
d) lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros.
e) lei brasileira se mais favorável ao *de cujus*.

Resposta: "c". Art. 5.º, XXXI, da CF/88.

16. (MP/MG 2007) Constitui crime inafiançável e imprescritível:

a) a prática da tortura.
b) o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.
c) o terrorismo.
d) os crimes hediondos.
e) a prática do racismo.

Resposta: "e". Art. 5.º, XLII, da CF/88.

17. (TRF — 2005 — ESAF) Sobre direitos e deveres individuais e coletivos, marque a única opção correta.

a) A impossibilidade de concessão de fiança para indiciados em crimes de tortura implica que esse indiciado não poderá responder ao processo judicial em liberdade.
b) A proteção da honra, prevista no texto constitucional brasileiro, que se materializa no direito a indenização por danos morais, aplica-se apenas à pessoa física, uma vez que a honra, como conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, é qualidade humana.
c) A doutrina e a jurisprudência reconhecem que a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações, prevista no texto constitucional brasileiro, é absoluta, não admitindo exceções destinadas a compensar juridicamente os desníveis materiais existentes ou atendimento de

questões socioculturais.

d) A competência da União para legislar sobre as condições para o exercício de profissões é uma restrição à liberdade de ação profissional.

e) Nos termos definidos na Constituição Federal, a objeção de consciência, que pode ser entendida como impedimento para o cumprimento de qualquer obrigação que conflite com crenças religiosas e convicções filosóficas ou políticas, não poderá ser objeto de nenhuma espécie de sanção sob a forma de privação de direitos.

Resposta: "d", cf. arts. 5.º, XIII, e 22, XVI. Observamos que, segundo a doutrina, a regra do art. 5.º, XIII, é norma de eficácia contida, ou, ainda, reduzível ou restringível. O exemplo de redução é a Lei Federal n. 8.906/94 que exige, do bacharel em direito, a aprovação no Exame de Ordem (OAB) para advogar (exigência declarada constitucional pelo STF no julgamento do RE 603.583 (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.10.2011). A *letra "a"* está *errada*. Cf. art. 5.º, XLIII; art. 5.º, LVII (presunção de inocência — não culpabilidade) e art. 5.º, LXVI. Cf., ainda, Lei n. 11.464/2007, que deu nova redação à *Lei de Crimes Hediondos* (Lei n. 8.072/90) e arts. 310, parágrafo único, e 312 do Código de Processo Penal. Assim, a prisão que tenha caráter cautelar terá que ser sempre fundamentada, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência (cf. como exemplo, no site do STJ, *HC 134247* — j. 13.08.2009). Sobre tráfico de drogas, por outro lado, cf. *Inf. 499/STF* e art. 44 da nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), que impede a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico. *Com o máximo respeito, achamos que o examinador entrou em detalhamentos da matéria direito e processo penal para Analista da Receita Federal*. Ainda, convém alertar julgamento recente do Min. Eros Grau, no HC 100.872, em 05.10.2009. Conforme noticiado, "o ministro Eros Grau, do STF, concedeu liminar em *Habeas Corpus* impetrado pela defesa de uma mulher presa em flagrante com dois papelotes de cocaína. A decisão permite que a acusada responda ao processo em liberdade. Em seu despacho, o ministro afirma que o dispositivo da nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06), que impede a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico, afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e do devido processo legal (art. 5.º, LIV)... Embora tenha admitido que o STF vinha adotando o entendimento mencionado pelo STJ, o ministro Eros Grau citou, em sua decisão, precedente do ministro Celso de Mello (HC 97.976) no qual afirma a violação dos princípios constitucionais acima citados, acrescentando que 'o tema está a merecer reflexão por esta Corte, sob o ponto de vista da proibição de excessos decorrentes da atividade normativa do Estado" (*Notícias STF*, 05.10.2009). *A letra "b"* está *errada*. De fato, nos termos do art. 5.º, X, "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Quando o texto afirma essa proteção às pessoas, deve ser entendido não apenas as pessoas físicas. Nesse sentido, a Súmula n. 227/STJ

estabelece: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Estamos diante da possibilidade de ataque à honra objetiva da pessoa jurídica, qual seja, o seu nome, a sua reputação. A *letra “c”* está *errada*. Conforme já escrevemos, o art. 5.º, *caput*, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A *letra “e”* está *errada* por violar o art. 15, IV. Tratamos desse assunto no capítulo sobre direitos políticos (*item 17.4.2.1*).

18. (DPU — CESPE/UnB — 2010) A respeito dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos políticos, julgue os itens a seguir.

Conforme entendimento do STF com base no princípio da vedação do anonimato, os escritos apócrifos não podem justificar, por si sós, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, salvo quando forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem eles próprios o corpo de delito.

Resposta: “certo”.

19. (Procurador do Estado do Amazonas/FCC/2010) Considerando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Constituição Federal, é correto afirmar que:

a) a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.
b) é constitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.
c) a prisão civil de depositário infiel é ilícita apenas no caso de depósito judicial.
d) é constitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.
e) é inconstitucional lei federal que estabeleça prazo para a impetração de mandado de segurança.

Resposta: “a”. Nesse sentido, cf. SV n. 5/STF.

20. (Procurador do Estado do Amazonas/FCC/2010) De acordo com o texto vigente da Constituição Federal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os tratados internacionais, é correto afirmar que:

a) todos os tratados internacionais firmados pelo Brasil ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como normas de hierarquia constitucional.
b) todos os tratados internacionais firmados pelo Brasil ingressam no

ordenamento jurídico brasileiro como normas infraconstitucionais.

c) os tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre direitos humanos podem ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de emendas constitucionais.
d) o procedimento de aprovação, pelas Casas do Congresso Nacional, dos tratados internacionais sobre direitos humanos é irrelevante para caracterizar sua hierarquia normativa.
e) os tratados internacionais firmados pelo Brasil não podem versar sobre normas materialmente constitucionais.

Resposta: "c".

21. (Exame da OAB Unificado 2010.1 — CESPE/UnB — caderno Miguel Reale) Assinale a opção correta com relação ao sigilo bancário.

a) As comissões parlamentares de inquérito poderão determinar a quebra de sigilo bancário sem a interferência do Poder Judiciário, desde que o façam de forma fundamentada.
b) A quebra do sigilo bancário pode ser determinada diretamente pelo Tribunal de Contas da União.
c) A quebra do sigilo bancário está submetida à chamada reserva de jurisdição, podendo somente os juízes determiná-la e, ainda assim, de forma fundamentada.
d) Conforme a lei complementar que rege a matéria, constitui quebra ilegal de sigilo bancário a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos administrativos, mesmo quando do fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa.

Resposta: "a".

22. (Titular de Serviços de Notas e de Registros — TJ-MA — IESES/2011) Quanto à presença de crucifixos em cartórios e repartições públicas estaduais, pode-se dizer que:

a) Seu término, com a singela retirada dos crucifixos, não implicaria violação à ordem constitucional vigente.
b) Não é passível de questionamento com base no art. 19 da Constituição, pois esta só impõe a laicidade ao legislador federal.
c) É obrigatória, em virtude da interpretação dada pelo STF ao Preâmbulo da Constituição Federal.
d) Não configurará risco de ofensa à laicidade prevista no art. 19 da C.F. nem à igualdade referida no art. 5.º, *caput*, do mesmo diploma, quando o crucifixo estiver acompanhado de diversas outras imagens vinculadas à fé religiosa da maioria da população local.

Resposta: "a".

23. (Analista de Controle Externo — TCE-AP — FCC/2012) Estabelece a Constituição Federal que a casa é asilo inviolável do indivíduo e nela pode entrar, sem o consentimento do morador:

a) qualquer pessoa em estado de miserabilidade.
b) oficial de justiça, munido de autorização do juiz, a qualquer hora.
c) qualquer pessoa para prestar socorro.
d) oficial de justiça, munido de autorização administrativa, apenas durante o dia.
e) policial militar munido de ofício de delegado de polícia.

Resposta: "c".

■ 14.12.2. Remédios constitucionais

1. (Magistratura/170.º) Diretor de sociedade de economia mista da qual o Município participa pratica ato lesivo ao patrimônio da empresa. A anulação do ato pode ser pleiteada:

a) em ação popular proposta por qualquer pessoa residente no País;
b) em ação popular proposta por qualquer cidadão;
c) apenas pelos que foram prejudicados pelo ato;
d) em mandado de segurança impetrado por qualquer pessoa residente no Município.

Resposta: "b". Art. 5.º, LXXIII.

2. (OAB/101.º) Ao direito à probidade e à moralidade da administração pública a Constituição Federal consagra uma garantia:

a) *habeas corpus*;
b) *habeas data*;
c) ação popular;
d) mandado de injunção.

Resposta: "c". Art. 5.º, LXXIII.

3. (Magistratura/170.º) Autoridade administrativa recusa-se ilegalmente a fornecer certidão de tempo de serviço requerida por funcionário público, que dela necessita para pedir a aposentadoria. É cabível, nesse caso:

a) mandado de injunção;
b) *habeas data*;
c) mandado de segurança;
d) ação civil pública.

Resposta: "c". Art. 5.º, LXIX, combinado com o art. 5.º, XXXIV, "b" (*vide* parte teórica quando diferenciamos com o *habeas data*).

4. (OAB/115.º) Um cidadão, acessando uma página da Receita Federal na Internet, de propriedade do Governo Federal, descobre que os dados da sua última declaração encontram-se à disposição de todos os internautas. Para que seus dados sejam retirados daquela página, pode esse cidadão ingressar em juízo com:

a) mandado de segurança;
b) *habeas data*;
c) mandado de injunção;
d) ação popular.

Resposta: "a". Art. 5.º, LXIX. O cidadão tem o direito líquido e certo seu, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* de não ter os seus dados pessoais tornados públicos na Internet pela Receita Federal. Trata-se de sigilo fiscal (comunicação de dados, art. 5.º, XII) que deve ser respeitado pela autoridade fazendária, além, é claro, do direito à intimidade e à vida privada (art. 5.º, X). Lembramos a LC n. 104/2001, que prevê situação em que é permitida a prestação de informações pela Fazenda Pública, mas apenas por solicitação de autoridade administrativa e no interesse da Administração Pública, havendo necessidade de ser comprovada a instauração de regular processo administrativo, com o objetivo de investigar o sujeito passivo. Conforme visto na parte teórica, consideramos essa novidade trazida pela LC n. 104/2001 totalmente inconstitucional, restando aguardar o posicionamento do STF.

5. (OAB/102.º) Determinada associação, regularmente constituída e em funcionamento há mais de um ano, vê violado, por ato abusivo de autoridade pública, um direito líquido e certo seu. Para defender tal direito, essa associação deve lançar mão de:

a) ação civil pública;
b) mandado de segurança coletivo;
c) mandado de segurança individual;
d) mandado de injunção.

Resposta: "c". Art. 5.º, LXIX. Trata-se de "direito líquido e certo seu", ou seja, da associação pessoa jurídica, não tendo qualquer relação com o direito coletivo de seus associados, motivo pelo qual não se trata de mandado de segurança coletivo.

6. (OAB/106.º) São garantias dos direitos coletivos:

a) o mandado de segurança coletivo e a sindicalização;
b) o direito de greve e a ação popular;
c) o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo e a ação popular;
d) o mandado de segurança coletivo e a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.

Resposta: “c”.

7. (OAB/107.º) A Reforma Administrativa determinou que a fixação do subsídio dos ministros do STF será realizada por lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF. Não tendo esta lei sido promulgada, pode-se entender que a inércia das autoridades responsáveis:

a) não poderá ser suprida pelo mandado de injunção, visto tratar-se de iniciativa conjunta com o presidente do STF;
b) poderá ser suprida por mandado de injunção, medida hábil a instrumentar o exercício de direitos decorrentes da ausência de norma reguladora;
c) poderá ser suprida por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ser proposta por qualquer servidor público prejudicado pela ausência de lei;
d) poderá ser objeto de ação declaratória de constitucionalidade.

Resposta: “b”. Art. 5.º, LXXI.[142] Lembrar que a Reforma da Previdência (EC n. 41/2003) acabou com a modalidade denominada iniciativa conjunta (cf. arts. 37, XI, e 48, XV).

8. (OAB/113.º) Uma rádio comunitária ingressa em juízo com mandado de injunção, temendo ser lacrada pelo órgão competente, eis que, nos termos da regulamentação existente, a mesma não teria autorização para funcionar. O mandado de injunção deve:

a) ser concedido, como sucedâneo de *habeas data*;
b) ser concedido, para assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais inviabilizados pela falta de ato de autorização;
c) ser negado, visto inexistir norma que regulamente tal tipo de serviço de radiodifusão;
d) ser negado, visto existir norma regulamentadora desse serviço de radiodifusão.

Resposta: “d”. Art. 5.º, LXXI. A falta de norma regulamentadora de norma constitucional de eficácia limitada é fundamental para que se possa falar em MI.

9. (OAB/109.º) Uma pessoa teve um financiamento bancário negado pelo Banco do Brasil sob o argumento de que seu nome estaria registrado no Serviço de Proteção ao Crédito, como empresa devedora. Como se tratava de erro, a empresa deverá:

a) ajuizar ação de reparação de danos contra o Serviço de Proteção ao Crédito, visto ser este uma pessoa jurídica de direito privado e *habeas data* só pode ser impetrado contra pessoa jurídica de direito público;
b) impetrar apenas mandado de segurança, porque pessoa jurídica não tem

legitimidade para ajuizar *habeas data*;

c) apresentar requerimento de informações à entidade depositária do seu registro, pedir a retificação dos dados inexatos e, se não obtiver êxito, ajuizar pedido de *habeas data* perante o Judiciário;

d) ajuizar *habeas data* contra o Banco do Brasil, visto ser este entidade estatal (sociedade de economia mista).

Resposta: “c”. Art. 5.º, LXXII, combinado com a Lei n. 9.507, de 12.11.1997.

10. (AGU — CESPE/UnB — 2010) Quanto a direitos e garantias individuais e coletivos, julgue os itens a seguir:

I) A CF assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal. Nesse sentido, não sendo atendido o pedido de certidão, por ilegalidade ou abuso de poder, o remédio cabível será o *habeas data*.

Resposta: “errado”, já que o remédio, conforme visto na parte teórica, é o mandado de segurança.

II) O *habeas corpus* constitui, segundo o STF, medida idônea para impugnar decisão judicial que autoriza a quebra de sigilos fiscal e bancário em procedimento criminal.

Resposta: “certo”.

11. (Auxiliar Administrativo — DEGASE — CEPERJ/2007) O habeas corpus surge no Direito Brasileiro na Constituição de:

a) 1937.
b) 1891.
c) 1988.
d) 1934.
e) 1946.

Resposta: “b”.

12. (Defensor Público/MA — CESPE/UnB/2011) Acerca das ações constitucionais, assinale a opção correta de acordo com a jurisprudência majoritária do STF:

a) Em caso de omissão legislativa, cabe ao STF, em sede de mandado de injunção, proferir sentença de perfil aditivo a fim de criar regulação provisória pelo próprio Poder Judiciário.

b) Não é cabível a impetração de mandado de segurança por parlamentar cujo objetivo seja o controle incidental de constitucionalidade relacionado à válida elaboração das proposições normativas em curso na respectiva casa legislativa.

c) O *habeas corpus*, destinado a garantir a liberdade de locomoção do

indivíduo, foi uma inovação da CF.

d) Não é cabível *habeas corpus* para impugnar os pressupostos de legalidade de punição disciplinar militar, ainda que não se questione o mérito desta.

e) É cabível a impetração de mandado de injunção para conhecer as razões de foro íntimo que levem o juiz a declarar-se suspeito para julgar a causa.

Resposta: "a".

13. (Advogado — Petrobras — CESGRANRIO/2011) A ação popular, prevista no art. 5.º, LXXIII, da Constituição da República, pode ser ajuizada por (pelo):

a) apátrida para anular ato praticado pelo Presidente da República.

b) estrangeiro, residente no país há, pelo menos, dez anos, contra ato praticado por autarquia federal.

c) ex-deputado federal, no gozo dos direitos políticos, para anular ato praticado por sociedade de economia mista.

d) associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de seus associados.

e) Ministério Público para tutelar direitos difusos.

Resposta: "c".

14. (Analista de Controle — TCE-PR — FCC/2011) João necessita, com urgência, de uma certidão pública com informações sobre o montante de uma dívida tributária em face do fisco estadual para juntar em um processo judicial. Dirigiu-se à repartição pública competente para solicitá-la, mas foi informado, por funcionário local, de que a repartição estava em reforma e, por esse motivo, a certidão só poderia ser expedida em um prazo mínimo de dois meses. Em face da urgência de João, o remédio constitucional adequado para proteger seus direitos é

a) o *habeas data*.

b) a ação popular.

c) o mandado de segurança.

d) o mandado de injunção.

e) a ação civil pública.

Resposta: "c". Conforme visto na parte teórica, não confundir com o *habeas data*, pois, no caso citado, está claro o direito líquido e certo à obtenção da certidão.

[1]O relator, Ministro Sydney Sanches — medida cautelar, *RTJ* 150/68 —, no julgamento da **ADI 939-7/DF**, entendeu tratar-se de cláusula pétrea a garantia constitucional prevista no art. 150, III, "b", declarando que a EC n. 3/93, ao

pretender subtraí-la da esfera protetiva dos destinatários da norma, estaria ferindo o limite material previsto no art. 60, § 4.º, IV, da CF/88.

[2] P. Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 25. ed., p. 563-564 — original sem grifos.

[3] I. W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10. ed., p. 46.

[4] D. Dimoulis, L. Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 35.

[5] P. Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 25. ed., p. 564.

[6] Norberto Bobbio, em sua obra *A era dos direitos*, na nota 9 da parte introdutória, elenca preciosa literatura sobre os direitos humanos de terceira geração, enquanto “novos direitos”.

[7] P. Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 25. ed., p. 569.

[8]*A era dos direitos*, p. 6.

[9] I. W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10. ed., p. 51.

[10] P. Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 25. ed., p. 593.

[11] Rui Barbosa, *República:* teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e coordenação de Hilton Rocha), Petrópolis, Vozes, apud José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 360.

[12]*Curso de direito constitucional,* p. 67-71, passim.

[13]*Curso de direito constitucional*, p. 282.

[14]*Curso de direito constitucional positivo*, 17. ed., p. 185.

[15]*Comentário contextual à Constituição*, p. 408.

[16]*Comentário contextual à Constituição*, p. 408.

[17]*Comentário contextual à Constituição*, p. 409.

[18] Sobre o tema, cf. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; Luis Virgilio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7. ed., Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2007; Thiago Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 2004; Andrey Borges de Mendonça e

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*: leituras complementares de constitucional — direitos fundamentais, Marcelo Novelino Camargo (org.), Salvador: Jus Podivm, 2006; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006; Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, t. I, passim, e outros.

[19] Assim, indispensável a leitura do referido voto, que pode ser encontrado em ***Inf. 405/STF***.

[20] Sobre a ponderação de interesses, cf. Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, passim.

[21] D. Dimoulis, L. Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 76-80.

[22] D. Dimoulis, L. Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 79.

[23] J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, 7. ed., p. 81. Cf., ainda, J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, 1991, p. 213.

[24] Cf. P. Häberle, *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, FABRIS, 1997, passim.

[25] Para aprofundamento, cf. Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (Org.), *Nos limites da vida*, Lumen Juris, 2007, passim.

[26] Nesse sentido, a **S. 683/STF:** “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7.º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”. No mesmo sentido, o art. 27, *caput*, da Lei n. 10.741/2003 **(Estatuto do Idoso)**, nos seguintes termos: “na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir”. Sobre o Estatuto, cf. interessante e muito didática obra de Luiz Eduardo Alves de Siqueira, *Estatuto do idoso de A a Z*, passim. Ainda, lembrar que alguns dispositivos estão sendo questionados no STF (arts. 39 e 94 do Estatuto), nos termos da ADI 3.096/DF, 19.12.2003. O Prof. Damásio, em interessante estudo, entende que a legislação criminal brasileira considera **idoso** a pessoa de idade *igual* **ou superior a 60 anos** (cf. Damásio de Jesus, *Conceito de idoso na legislação penal brasileira*, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, mar. 2004 — disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/artigos/art_183.htm>).

[27] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 21, e desenvolvimento, p. 23-43.

[28] Cf. interessante trabalho de Paulo Lucena de Menezes, *A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano*, passim, esp. p. 147-154 para o ordenamento brasileiro, e, também, do Ministro do STF Joaquim Barbosa, intitulado, *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:* o direito como instrumento de transformação social — a experiência dos EUA, passim.

[29]*Curso de direito constitucional*, 6. ed., 2002, p. 93 (original sem grifos).

[30]*Algumas notas informativas (e curiosas) sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*, texto elaborado pelo Ministro Celso de Mello com o apoio técnico da Secretaria de Documentação do STF, sob a direção de Maria Cristina Rodrigues Silvestre (in <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade>).

[31]*Notícias STF*, 07.04.2003 — 16h59: "Lula pretende indicar negro para o Supremo, diz secretária ao presidente do STF" (in <www.stf.gov.br>).

[32]Na linha do julgado na ADI 3.324, fortalecendo o **princípio da congeneridade**, cf. Rcl 4.036-MC/RJ, j. 16.05.2006, *DJ* de 22.05.2006, p. 25.

[33] No mesmo sentido: **HC 95.244**, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.03.2010, Primeira Turma, *DJE* de 30.04.2010; **HC 84.827**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2007, Primeira Turma, *DJ* de 23.11.2007.

[34]**Art. 286, CP. Incitação ao crime:** "Incitar, publicamente, a prática de crime".

[35]**Art. 287, CP. Apologia de crime ou criminoso:** "fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime".

[36]**Art. 33, § 2.º, da Lei n. 11.343/2006:** "induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga".

[37] José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*, 5. ed., p. 94.

[38] Eventualmente, a imunidade tributária poderá ter outro fundamento, qual seja, o art. 150, VI, "c", se a *Loja Maçônica* provar o seu enquadramento enquanto **entidade assistencial sem fins lucrativos**, observando-se o art. 14, I a III, do CTN e regras específicas (mas esse não é o ponto que o STF está analisando no referido RE 562.351).

[39] "(...). Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o

princípio da isonomia, convolando-se em privilégio para um determinado grupo religioso. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública. Pendência de julgamento da (...) ADI 3.714, nas quais esta Corte poderá analisar o tema com maior profundidade" (**STA 389-AgR**, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, j. 03.12.2009, Plenário, *DJE* de 14.05.2010).

[40] Frise-se: **ordem judicial**, não cabendo determinação de autoridade administrativa, ou policial.

[41] Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 72.

[42]O *leading case* foi o RE 153.771-MG, Rel. Min. Moreira Alves, 20.11.1996, *DJ* de 05.09.1997 e *Inf. STF 54/96*: "EMENTA: IPTU. Progressividade. No sistema tributário nacional é o PTU inequivocamente um imposto real. Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1.º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1.º (específico). A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4.º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1.º. Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1.º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2.º e 4.º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o subitem 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte". Na doutrina, o ilustríssimo **Carrazza** já defendia, mesmo antes da EC n. 29/2000, a progressividade do IPTU (cf. *Curso de direito constitucional tributário*, 16. ed., p. 90-98).

[43]*Curso de direito civil*, 2002, v. 6, p. 36.

[44] José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal anotada,* p. 374, comentários ao art. 153, § 33.

[45]*Vide* Lei n. 9.279/96 (propriedade industrial) e Lei n. 9.610, de 19.02.1998 (direitos autorais).

[46] Nesse sentido, cf. os arts. 52.º, 3, "a"; 60.º; 81.º, "i", e 99.º, "e", da **Constituição da República Portuguesa de 02.04.1976** (revista pelas Leis Constitucionais ns. 1/82, 1/89, 1/92, 1/97, 1/01 e 1/04). A íntegra da Constituição

portuguesa pode ser consultada no *site* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>.

[47]*Curso de direito constitucional positivo*, 23. ed., 2004, p. 262.

[48]*Curso de direito constitucional positivo*, p. 261-262.

[49]*Leis civis comentadas*, p. 181, comentários ao art. 1.º do CDC. **Cuidado:** àqueles que estudam para provas que exigem o conhecimento das regras específicas do CDC, como é o concurso para a Procuradoria da República, indispensável a leitura minuciosa da lei, assim como dos livros específicos sobre o assunto. Nesse sentido, cf. o programa para provimento de cargos de Procurador da República aprovado pela Res. CSMPF n. 93, de 04.09.2007, no qual o grupo II trata da matéria de "direito do consumidor".

[50]*Curso de direito constitucional positivo*, 23. ed., p. 441.

[51] Nesse sentido, confira Pedro Lenza, *Teoria geral da ação pública*, p. 133-134.

[52] K. Watanabe, Acesso à justiça e sociedade moderna, in A. P. Grinover (coord.), *Participação e processo*, p. 128. Em estudo anterior Watanabe já havia sacramentado a expressão **ordem jurídica justa** (K. Watanabe, Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas, in Kazuo Watanabe [et al.], *Juizado Especial de Pequenas Causas*: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, p. 161).

[53] Interessante a **S. 667/STF, 24.09.2003:** "viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa".

[54] Mauro Cappelletti, Bryant Garth, *Acesso à justiça*, p. 31.

[55] Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 92.

[56] "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido" (art. 153, § 4.º, da CF/69).

[57] "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei. A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final." Findo tal prazo, perfeitamente possível o ingresso no Judiciário, mesmo sem decisão final.

[58] Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 80.

[59]"O respeito ao direito adquirido, com a consequente proibição da retroatividade da norma legal, é um verdadeiro instrumento de **paz social, impeditivo do arbítrio e do abuso de poder por parte do detentor deste**" (Carlyle Popp, *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, ano 29, n. 113, p. 88, jan./mar. 1992).

[60] "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título" (art. 17, *caput,* do ADCT). Assim, entendemos que a **Reforma da Previdência** feriu o direito adquirido ao estabelecer contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas e ao mudar as regras de transição de aposentadoria dos ocupantes de cargos efetivos que entraram no serviço público até 16.12.1998. No entanto, o STF, por 7 votos a 4, considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas instituída no art. 4.º da EC n. 41/2003, mas desde que incidente somente sobre a parcela dos proventos e pensões que exceder o teto estabelecido no art. 5.º da EC n. 41/2003 (cf. *Inf. 357/STF*).

[61]A LC n. 110/2001, em seu art. 4.º, autoriza, em caso de adesão facultativa do trabalhador ao termo de adesão (acordo) firmado com a CEF, o crédito, nas contas vinculadas do FGTS, do percentual de **16,64%** equivalente ao período de 1.º.12.1988 a 28.02.1989 e do percentual de 44,80% equivalente ao mês de abril/1990. De modo geral, contudo, há várias decisões judiciais que fixaram para janeiro/1989 o percentual de **42,72%**. Assim, o objetivo dos trabalhadores era conseguir a diferença entre o percentual do acordo (administrativo) e o que vem sendo fixado por quem fez a opção pela via judicial (cf. *Enunciado n. 21 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais*). Entretanto, como visto, sem a análise do caso concreto, não se pode simplesmente desconsiderar o acordo, sob pena de violar, entre outros, o princípio do **ato jurídico perfeito**. Sobre o assunto, *vide Inf. 381/STF*.

[62] L. A. D. Araujo e V. Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 141.

[63] Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 7. ed., p. 66-67.

[64] Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 61.

[65] Conforme lembra Alexandre de Moraes, em audiência com o Ministro Marco Aurélio do STF, "... há uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos entendendo a medida como inconstitucional quando foi adotada pelo governo do Peru. E a ideia não é possível porque não identifica a pessoa ou o órgão julgador". Renato Nalini, presente à referida audiência, também se mostrou contra a técnica do "juiz sem rosto". "A ideia, segundo Nalini, não é compatível com nada do que o direito brasileiro produziu até o momento. 'Temos é que equipar o Estado e tranquilizar o juiz para que ele continue a decidir de acordo com a Lei, a Constituição e a sua consciência'" (*Notícias STF*, 19.03.2003, in <www.stf.gov.br>).

[66] Luiz Flávio Gomes, Está nascendo o primeiro Tribunal Penal Internacional, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002, disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2920>, acesso em: 2 fev. 2005. Para uma profunda crítica, inclusive em relação à inconstitucionalidade da EC n. 45/2004 nesse ponto, cf.: Dimitri Dimoulis, O art. 5.°, § 4.° da Constituição Federal: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, São Paulo: Método, 2005, p. 107.

[67] Cf. o *site* do "TPI": <www.icc-cpi.int>.

[68] Pelo afastamento da prisão perpétua, cf. Fábio Ramazzini Bechara, *Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementaridade*, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2003, disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Sobre a relativa aceitação de outros tribunais internacionais (que não de natureza criminal), na medida em que, pela **EC n. 45/2004**, haveria "... a presunção de que a submissão à jurisdição a qualquer Corte judiciária internacional tenha que necessariamente decorrer de disposição da Constituição...", como expresso no art. 5.º, § 4.º, cf. Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, Tratados internacionais na Emenda Constitucional n. 45, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, São Paulo: Método, 2005, p. 83.

[69] Leia a interessante íntegra do voto do Min. Celso de Mello em *Notícias STF*, de 30.07.2009.

[70]*Boletim dos Procuradores da República*, n. 14, jun. 1999, in <www.anpr.org.br/boletim/boletim14/reforma.htm>.

[71] Trata-se de proposta original do Executivo que, como se sabe, foi modificada por meio do Substitutivo do Deputado Aloysio Nunes, que deu a redação final que ora se critica. O texto modificado acrescentava dois incisos ao art. 109, nos seguintes termos: "Art. 109. (...) XII — os crimes praticados em

detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos; XIII — as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse".

[72]*Boletim dos Procuradores da República*, n. 14, jun. 1999, in <www.anpr.org.br/boletim/boletim14/reforma.htm>.

[73]Pelo Decreto n. 678/92, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*), de 22 de novembro de 1969. O Congresso Nacional, por seu turno, aprovou, pelo Decreto-lei n. 89/98, solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, de acordo com o previsto no art. 62 daquele instrumento. A Declaração de aceitação da competência obrigatória da *Corte Interamericana de Direitos Humanos* foi depositada junto à Secretaria-Geral da OEA em 10 de dezembro de 1998. Por tudo isso, o Decreto presidencial n. 4.463/2002, nos termos de seu art. 1.º, reconheceu como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, **a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos** (*Pacto de São José da Costa Rica*), sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

[74] Flávia Piovesan, Reforma do Judiciário e direitos humanos, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, São Paulo: Método, 2005, p. 67.

[75] Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, p. 305.

[76] No mesmo sentido: **HC 102.199**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.08.2010, 2.ª T, *DJE* de 24.09.2010; **HC 96.818**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10.08.2010, 2.ª Turma, *DJE* de 17.09.2010; **HC 102.355**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 04.05.2010, 1.ª Turma, *DJE* de 28.05.2010.

[77] Cf., no *item 21.4.2*, aprofundamento destacando o entendimento do STF no sentido de ter o novo ordenamento recepcionado a *Lei 6.683/79*, a chamada **"Lei de Anistia"** (ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, j. 29.04.2010, Plenário, *DJE* de 06.08.2010).

[78] Fábio Ramazzini Bechara e Pedro Franco de Campos, Princípios constitucionais do processo penal: questões polêmicas, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2005 — disponível em:

<www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

[79] Princípios constitucionais..., cit.

[80] Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, p. 10, comentário ao art. 6.º, VIII.

[81] Fábio Ramazzini Bechara, Pedro Franco de Campos, Princípios constitucionais..., cit.

[82] Fábio Ramazzini Bechara, Pedro Franco de Campos, Princípios constitucionais..., cit.

[83] O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal, in André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira, Pedro Lenza (coord.), *Constituição Federal*: 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas, São Paulo: Método, 2003, p. 103. Na jurisprudência do STF, cf. RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Inf. 341/STF*.

[84] Cf. *item 3.6.8* desse nosso estudo e art. 156, I, do *Código de Processo Penal*, introduzido pela Lei n. 11.690/2008.

[85]Mirabete divide as provas em: a) **provas ilícitas:** "... as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção"; b) **provas ilegítimas:** "... as que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo". E conclui pela total inadmissibilidade, tanto no processo penal como no civil, das provas ilícitas e ilegítimas (*Processo penal*, p. 252).

[86]*Direito constitucional*, p. 116.

[87] A. C. de A. Cintra, A. P. Grinover e C. R. Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 12. ed., p. 69. Nesse sentido, ainda, J. C. Barbosa Moreira, A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, in *Temas de direito processual — 2.ª série*, p. 86 e s., e M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, p. 405 e s.

[88] "Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I — no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II — recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias."

[89] Dispõe de forma idêntica ao art. 49 da LC n. 35/79, acima citado.

[90] "Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1.º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2.º A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada."

[91] "... o texto constitucional é linear, não condicionado, ao contrário do § 2.º do artigo 630 do Código de Processo Penal. De qualquer maneira, é possível excluir-se a verba *quando o dano decorre de ato do próprio réu da ação penal*, surgindo apenas o conflito da alínea 'b' do § 2.º do artigo 630 com os novos ares constitucionais..." (j. 25.05.2004, Rel. Min. Marco Aurélio — AI 462.831/RJ).

[92]Cf. Damásio E. de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, 18. ed., p. 487, comentários ao art. 630 do CPP. Sobre a responsabilidade do Estado no caso de **erro judiciário**, cf. interessante acórdão do STJ: "Ementa: Direito constitucional e administrativo. Responsabilidade objetiva. Prisão ilegal. Danos morais. 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo **prisão ilegal**. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. **5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5.º, LXXV, da CF**. 6. Recurso especial provido" (REsp 220.982/RS (1999/0057692-6), *DJ* de 03.04.2000, p. 116, Rel. Min. José Delgado, data da decisão: 22.02.2000, 1.ª Turma).

[93]*Código de Processo Civil comentado*, p. 83.

[94]**Cuidado:** este tema deve ser acompanhado por aqueles que prestam concursos para o exercício da atividade notarial e de registro! "Atividade notarial. Natureza. Lei n. 9.534/97. Registros públicos. Atos relacionados ao exercício da cidadania. Gratuidade. Princípio da proporcionalidade. Violação não observada. Precedentes. Improcedência da ação. A atividade desenvolvida pelos

titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público. Não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os 'reconhecidamente pobres' do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva" (**ADI 1.800**, Rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.06.2007, *DJ* de 28.09.2007). Em igual sentido, na linha da constitucionalidade, a **ADC 5**, Rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.06.2007, *DJ* de 05.10.2007.

[95] Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, p. 318.

[96] J. R. dos S. Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada:* tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), p. 15. Conforme observa em seguida o ilustre professor, "o simples fato de o direito permanecer insatisfeito durante todo o tempo necessário ao desenvolvimento do processo cognitivo já configura dano ao seu titular. Além disso, acontecimentos podem também se verificar nesse ínterim, colocando em perigo a efetividade da tutela jurisdicional. Esse quadro representa aquilo que a doutrina identifica como o *dano marginal*, causado ao agravado pela duração do processo". E completa: "... com o objetivo de evitar o dano marginal causado pelo processo, existe a possibilidade de sumarização da atividade cognitiva, tornando admissível a tutela jurisdicional mediante conhecimento não exauriente" (p. 19-20).

[97] A Deputada Zulaiê Cobra, em seu relatório à **PEC n. 96-A/92** (Reforma do Judiciário), destacou: "também procurando combater a morosidade da Justiça, introduzimos, como princípio de ordem processual, o direito à razoável duração do processo, fazendo aditar inciso ao art. 5.º da Constituição Federal. Trata-se de direito consagrado pelas Constituições de Portugal (art. 20, n. 4) e do México (art. 17), tendo a AMB e a OAB sugerido sua adoção" (in Petrônio Calmon Filho (org.), *Reforma constitucional do Poder Judiciário*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, jan. 2000 — Cadernos IBDP: Propostas legislativas: 1, p. 70).

[98] Adotada, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22.11.1969, entrando em vigor, internacionalmente, em 18.07.1978 (art. 74, § 2.º), tendo o Governo brasileiro depositado a **carta de adesão** à Convenção em 25.09.1992, sendo que o Decreto federal n. 678, de 06.11.1992, *DOU* de 09.11.1992, p. 15562, determinou o seu cumprimento no País. Nesse particular, a partir da **Reforma do Judiciário** (*EC n. 45/2004*), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ganham maior relevância, já que, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais,

ou seja, terão *status* de norma constitucional.

[99]Ada Pellegrini Grinover, A necessária reforma infraconstitucional, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesús Lora Alarcón (coord.), *Reforma do Judiciário*, São Paulo: Método, 2005, p. 501.

[100] A íntegra desses compromissos pode ser consultada em *Notícias STF*, 15.12.2004 — 20h40.

[101] O **II Pacto Republicano** pode ser acessado em *Notícias STF*, 13.04.2009 — 18h.

[102] Confira o texto apresentado em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/88428.pdf>.

[103] Para acompanhamento das propostas legislativas, cf. a *Enciclopédia Eletrônica* mantida pelo IBDP — Instituto Brasileiro de Direito Processual: <http://www.direitoprocessual.org.br/site>.

[104]Conforme *Notícias STF,* 21.08.2006 — 16h10, o CNJ, em parceria com órgãos do Judiciário, OAB, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), associações de magistrados, entidades, universidades, escolas de magistratura e outros setores da sociedade civil, lançaram, em 23.08.2006, o importante "Movimento pela Conciliação", que ficou conhecido como **"Conciliar é legal"**, fixando-se a data de 08.12.2006 como o "Dia Nacional da Conciliação". Das 112.112 audiências designadas para aquela data, 83.987 foram realizadas, tendo sido obtidos 46.493 acordos. Ou seja, o percentual de sucesso conciliatório foi de **55,36%** (cf. <http://www.conciliar.cnj.jus.br/conciliar/arquivos/relatoriofinal.pdf>). Em **2007**, 96.492 acordos foram implementados, enquanto, em **2008**, o número subiu para 130.848 acordos obtidos. Em **2009**, a "Semana Nacional da Conciliação" aconteceu entre os dias 7 e 11 de dezembro de 2009.

[105] Cf. *Notícias STF*, 02.02.2007 — 17h25. Nesse sentido, dentre as várias recomendações apresentadas pelo CNJ em seu **Relatório Anual de 2006** (art. 103-B, § 4.°, VII, da CF/88), destaca-se a importância da **conciliação:** "considerando que a **conciliação** é um mecanismo alternativo de solução de conflitos, propicia o acesso à justiça e fomenta a cultura do diálogo; considerando a edição da Recomendação n. 4, de 2006, pelo CNJ, decorrente dos estudos desenvolvidos pela Comissão de Juizados Especiais; Considerando a edição da Recomendação n. 6, de 2006, pelo CNJ, que **valora os acordos homologados judicialmente como sentença**. O Conselho Nacional de Justiça **recomenda** que os órgãos do Poder Judiciário Nacional implantem a **Justiça de conciliação** com o

objetivo de promover uma **cultura de pacificação social**” (item 4 da p. 160 do Relatório Anual de 2006, *grifamos*). Os relatórios anuais de 2005 e 2006 podem ser encontrados no *site* do CNJ (<http://www.cnj.gov.br />), cuja leitura recomendamos, especialmente para aqueles que já estão na *fase oral* de concursos da Magistratura e precisam ter, além do conhecimento jurídico e técnico, uma visão geral e panorâmica da situação do Poder Judiciário.

[106] Conforme explicamos no *item 14.11.7.2*, muito embora prevista uma chamada “ação popular” no art. 157 da Constituição de 1824, em razão de naturezas jurídicas distintas, consideremos como sendo a **Constituição de 1934** a que, pela primeira vez, constitucionalizou a **ação popular**, que já era prevista na *Lei n. 4.717, de 29.06.1965*, ainda em vigor.

[107] Redação determinada pela EC n. 23, de 02.09.1999.

[108] Redação determinada pela EC n. 22, de 18.03.1999.

[109] Redação determinada pela EC n. 23, de 02.09.1999.

[110]Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

[111] José da Silva Pacheco, *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 4. ed., p. 124-148. Destaca o autor, na **Inglaterra**, “... *a*) o *mandamus*, para mandar a autoridade que não observou a norma obrigatória a cumpri-la; *b*) o *proibition*, para obstar que a autoridade pratique uma ilegalidade ou viole uma regra de direito; *c*) o *certiorari*, para anular ato ilegal; *d*) o *quo warranto*, para conferir a legalidade da investidura em um cargo público; e *e*) o *habeas corpus*, para impedir a prisão ou detenção ilegal”. Nos **EUA,** além dos *writs* já citados, o *mandatory injunction* (para praticar o ato) e *prohibitory injunction* (para não praticar o ato) (op. cit., p. 131-132). No **México**, lembra que o *juicio de amparo*, no início, servia para “... conhecer reclamações contra os atos do Poder Executivo e do Legislativo... Visava, de início, ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos, mas depois estendeu-se, também, ao controle da legalidade dos atos de todas as autoridades, até mesmo as judiciárias” (op. cit., p. 133-138). Cf., ainda, comparando o MS brasileiro com o *juicio de amparo*, Héctor Fix Zamudio, Alejandro Ríos Espinoza, Niceto Alcalá-Zamora, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, passim.

[112] Interessante notar que é no texto de 1988 que, além da exceção do "HC", pela primeira vez se faz exceção também ao *habeas data*. O motivo é simples: o **"HD"** surge pela primeira vez, como já visto, no texto de 1988.

[113] Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas corpus"*, p. 34-35.

[114] "A atual expressão *direito líquido e certo* substitui a precedente, da legislação criadora do mandado de segurança, *direito certo e incontestável*. Nenhuma satisfaz. Ambas são impróprias e de significação equívoca, como procuraremos demonstrar no texto. O direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do Direito invocado pelo postulante" (H. L. Meirelles, *Mandado de segurança...*, cit., p. 34).

[115]*Elementos de direito constitucional*, p. 179.

[116] Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 157-158.

[117] Cf. Súmulas 629 e 630/STF: "a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes" (S. 629/STF); "a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria" (S. 630/STF). Nesse sentido, o art. 21 da Lei n. 12.016/2009: "O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial".

[118] "Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a Juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles" (STJ, MS 197/DF, 20.08.1990, *RSTJ*, 12/215).

[119]*Elementos de direito constitucional*, p. 203.

[120] Dirley da Cunha Júnior, *Controle das omissões do Poder Público*, p. 553.

[121] "Por maioria de votos, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa de

entidades sindicais para a propositura de **mandado de injunção coletivo**, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos constitucionais de seus membros... Precedentes citados: MI 20-DF (*DJU* 22.11.96), MI 73-DF (*DJU* 19.12.94), MI 361-RJ (*RTJ* 158/375). Prosseguindo no julgamento, o Tribunal julgou prejudicado o mandado de injunção pela superveniência de medida provisória disciplinando o art. 7.º, XI, da CF, objeto da ação. Vencido, neste ponto, o Min. Sepúlveda Pertence. MI 102-PE, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão, Min. Carlos Velloso, 12.2.98" (cf. *Inf. 99/STF*). Ver, ainda, MI 342-4-SP, Rel. Min. Moreira Alves, *RT* 713/240, admitindo legitimidade dos sindicatos (art. 8.º, III). Cf., também, **MI 1.616**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.11.2009, *DJE* de 11.11.2009, por este autor impetrado em nome da classe dos *Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil — AFRFB*, autoridades fazendárias, fiscais e aduaneiras.

[122] Em igual sentido, cf. **MI 758**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1.º.07.2008, *DJE* de 26.09.2008. Cf., também, **MI 1.616**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.11.2009, *DJE* de 11.11.2009, por este autor impetrado em nome da classe dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil — AFRFB, autoridades fazendárias, fiscais e aduaneiras **(MI Coletivo)**.

[123] Na linha dessa nova tendência, cf.: MI 232-1, MI 283-5, MI 670, MI 695, MI 712, MI 721. Cabe lembrar a publicação da **Lei n. 12.506/2011**, regulamentando o **aviso prévio proporcional** (art. 7.º, XXI, CF/88) e, assim, não tendo mais sentido a utilização do mandado de injunção. O aviso prévio, de acordo com a nova regra, será concedido na proporção de **30 dias** aos empregados que contêm até **1 ano** de serviço na **mesma** empresa, sendo acrescidos **3 dias** por **ano** de serviço prestado na **mesma** empresa, até o **máximo de 60 dias**, perfazendo um total de até **90 dias** (quando, para essa hipótese, terá o empregado que ter trabalhado, na mesma empresa, por 21 anos!).

[124] Cf. MI 712, Rel. Min. Eros Grau, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 670, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, *Inf. 485/STF*.

[125]*Tratado de direito constitucional*, v. 1, p. 313.

[126] Cf. art. 7.º, I a III, da Lei n. 9.507/97.

[127]*Elementos de direito constitucional*, p. 212.

[128] "À vista do disposto na Lei n. 9.507/97, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data,* tal ação só tem cabimento diante da recusa ao acesso às informações e da recusa em fazer-se a retificação ou anotação no cadastro do interessado (art. 8.º, parágrafo único).

Desse modo, a Turma negou provimento ao recurso pela falta de interesse de agir do recorrente, já que, no caso, não houve uma pretensão resistida. Precedente citado: RHD 22-DF (*DJU* de 27.9.91). RHD 24-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 28.11.97" (*Inf. 94/STF*).

[129] Conforme redação determinada pela **EC n. 23, de 02.09.1999**.

[130] "Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra eles **ação popular**, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei".

[131] Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular*, 4. ed., p. 52. Cf. interessante evolução histórica do instituto trazida por José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional*, p. 28-39.

[132] A Lei n. 4.717, de 29.06.1965, recepcionada pela CF/88, regulamenta a ação popular. A história do Direito romano guarda a **origem** da ação popular. Cabe relembrar que, sem constituir instrumento de participação política, a Constituição do Império de 1824 previa, em sentido amplo, a **ação penal popular** nas hipóteses de *suborno, peita, peculato* ou *concussão*, nos termos do art. 157 e conforme visto acima.

[133]Ada Pellegrini Grinover, com a maestria que lhe é peculiar, observava que "a ação popular garante, em última análise, o **direito democrático de participação do cidadão na vida pública**, baseando-se **no princípio da legalidade dos atos administrativos** e no conceito de que a **coisa pública é patrimônio do povo**; já nesse ponto nota-se um estreito parentesco com as ações que visam à tutela jurisdicional dos interesses difusos, vistas como expressão de participação política e como meio de apropriação coletiva de bens comuns" (A tutela jurisdicional dos interesses difusos, *Revista de Processo,* São Paulo, n. 14-15, p. 38, abr./set. 1979). Ver ainda, pioneiramente atribuindo à ação popular o enfoque de **tutela jurisdicional de interesses difusos**, José Carlos Barbosa Moreira, Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos", in *Temas de direito processual,* p. 110-123.

[134]*Vide* art. 1.º, *caput,* da Lei da Ação Popular.

[135]*Elementos de direito constitucional,* p. 200.

[136] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 20. ed., p. 462.

[137]Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular...*, 4. ed., p. 100. Em igual sentido, após interessante análise, cf. André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, p. 683 e s. Cf., ainda, Clóvis Beznos, *Ação popular e ação civil*

pública, p. 45, e Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior, *Curso de direito constitucional*, 6. ed., p. 167.

[138] Cf. julgamento da ação popular que buscava atacar decreto presidencial que demarcou área indígena denominada **Raposa Serra do Sol** (Rcl 3.813/RR, Rel. Min. Carlos Britto, j. 28.06.2006. Precedentes citados: ACO 359 QO/SP, *DJU* de 11.03.1994; Rcl 424/RJ, *DJU* de 06.09.96; Rcl 2.833/RR, *DJU* de 05.08.2005 e Rcl 3.331/RR, ***Inf. 433/STF***). Ainda, cf. ACO 622, ação popular que buscava declarar a nulidade da *Res. n. 507/2001*, da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, pela qual se instituiu CPI para apurar as causas do **acidente da plataforma P-36 da PETROBRAS**, localizada na Bacia de Campos.

[139] Cf. indicação no *Inf. 443/STF*.

[140] No mesmo sentido, cf.: AO 1137 AgR/DF (*DJU* de 19.08.2005); AO 1139 AgR/DF (*DJU* de 19.08.2005); MS 25087/SP (*DJU* de 11.05.2007); MS 26006 AgR/DF (*DJE* de 15.02.2008); Pet 3986 AgR/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25.06.2008 (*Inf. 512/STF*).

[141] O exame 102.º/OAB exigia o mesmo conhecimento em questão referente ao art. 5.º, XI.

[142] OAB/101.º/102.º também exigiam conhecimento sobre o mandado de injunção.

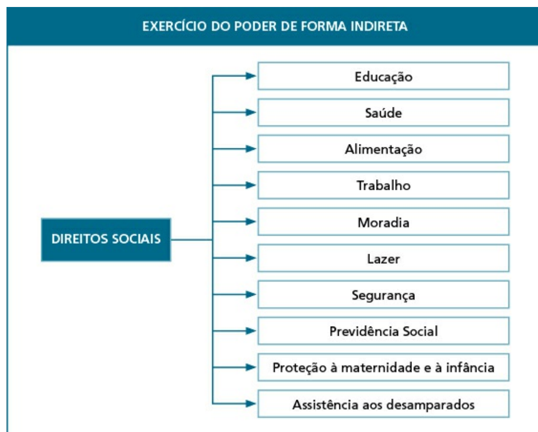
15

DIREITOS SOCIAIS

15.2.3. Direito à alimentação

15.3. "PEC DA FELICIDADE" — PEC N. 513/2010-CD E PEC N. 19/2010-SF

■ 15.1. ASPECTOS GERAIS



Nos termos do art. 6.º, na redação dada pelas ECs ns. 26/2000 e 64/2010, são **direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Trata-se de desdobramento da perspectiva de um **Estado Social de**

16

NACIONALIDADE

■ 16.1. CONCEITO

Nacionalidade pode ser definida como o vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que esse indivíduo passe a integrar o povo daquele Estado e, por consequência, desfrute de direitos e submeta-se a obrigações.

■ 16.1.1. Definições correlatas

- ■ **povo:** conjunto de pessoas que fazem parte do Estado — o seu elemento humano —, unido ao Estado pelo vínculo jurídico-político da nacionalidade;
- ■ **população:** conjunto de **residentes** no **território** , sejam eles **nacionais** ou **estrangeiros** (bem como os **apátridas** ou ***heimatlos*** — expressão alemã);
- ■ **nação:** conjunto de pessoas nascidas em um território, ladeadas pela mesma língua, cultura, costumes, tradições, adquirindo uma mesma identidade sociocultural. São os **nacionais** , distintos dos **estrangeiros** . **São os brasileiros natos ou naturalizados** ;
- ■ **nacionalidade:** como vimos, é o **vínculo jurídico-político** que liga um indivíduo a determinado Estado, fazendo com que esse indivíduo passe a integrar o povo desse Estado e, por consequência, desfrute de direitos e submeta-se a obrigações. Como diria Pontes de Miranda, a nacionalidade faz da pessoa um dos **elementos componentes da dimensão pessoal do Estado** ;
- ■ **cidadania:** tem por pressuposto a nacionalidade (que é mais ampla que a cidadania), caracterizando-se como a **titularidade** de direitos políticos de votar e ser votado. [1] O **cidadão** , portanto, nada mais é do

17

DIREITOS POLÍTICOS

■ 17.1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

■ 17.1.1. Democracia semidireta ou participativa

Os **direitos políticos** nada mais são que instrumentos por meio dos quais a CF garante o exercício da **soberania popular** , atribuindo poderes aos cidadãos para interferirem na condução da coisa pública, seja direta, seja indiretamente. [1]

De modo geral podemos classificar os regimes democráticos em três espécies: ***a*) democracia direta** , em que o povo exerce por si o poder, sem intermediários, sem representantes; ***b*) democracia representativa** , na qual o povo, soberano, elege representantes, outorgando-lhes poderes, para que, em nome deles e para o povo, governem o país; e ***c*) democracia semidireta** ou **participativa** , um "sistema híbrido", uma democracia representativa, com peculiaridades e atributos da democracia direta, a qual, conforme observação de Mônica de Melo, constitui um mecanismo capaz de propiciar,

18

PARTIDOS POLÍTICOS

18.1. CONCEITO

Partido político pode ser conceituado como uma "... organização de pessoas reunidas em torno de um mesmo programa político com a finalidade de assumir o poder e de mantê-lo ou, ao menos, de influenciar na gestão da coisa pública através de críticas e oposição".[1]

Já para José Afonso da Silva, partido político "... é uma agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo. No dizer de Pietro Virga: 'são associações de pessoas com uma ideologia ou interesses comuns, que, mediante uma organização estável (*Partei-Apparati*), miram exercer influência sobre a determinação da orientação política do país'".[2]

■ 18.2. REGRAS CONSTITUCIONAIS

A primeira regra refere-se à **liberdade de organização partidária**, visto ser livre a criação, a fusão, a incorporação e a extinção dos partidos políticos.

No entanto, **não se trata de liberdade partidária absoluta**, uma vez que deverão ser resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

- caráter nacional;
- proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
- prestação de contas à Justiça Eleitoral;
- funcionamento parlamentar de acordo com a lei;
- vedação da utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Assegura-se aos partidos políticos **autonomia** para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo constar dos estatutos partidários normas a respeito da fidelidade e disciplina partidárias, podendo, inclusive, prever sanções (como advertência, exclusão...) em caso da **infidelidade partidária** (desrespeito às regras dos estatutos, objetivos, diretrizes, ideais...), não podendo nunca, contudo, ensejar a perda do mandato, cujas hipóteses estão taxativamente previstas no art. 15 da CF, que **repudia**, expressamente, a **cassação de direitos políticos**.

Em relação a esse assunto, o STF, "... por maioria, deferiu medida liminar em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República para suspender, até decisão final da ação, o § 1.º do art. 8.º da Lei n. 9.504/97, que assegura aos detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador, e aos que tenham exercido esses cargos em

19

ORDEM SOCIAL

19.8.7. Crueldade contra animais?

COLISÃO	
▪ Proteção da manifestação cultural ▪ Art. 215, *caput*, e § 1.º	▪ Proibição de tratamento cruel aos animais ▪ Art. 225, § 1.º, VII

Importante tema que se coloca refere-se à suposta colisão entre a proteção da manifestação cultural (art. 215, *caput*, e § 1.º) e a proibição de tratamento cruel aos animais (art. 225, § 1.º, VII). Abordaremos, então, quatro interessantes questões: **a)** farra do boi; **b)** rinhas ou brigas de galo; **c)** rodeios de animais; **d)** animais em circo.

19.8.7.1. Farra do boi

A **farra do boi** pode ser caracterizada como um antigo costume ibérico, transportado para o arquipélago de Açores e trazido para o Estado de Santa Catarina, no Brasil (Florianópolis e todo o litoral), por imigrantes daquela região.

Chegou a ter inspiração religiosa, normalmente durante a quaresma e culminando na Páscoa, aparecendo o boi como protagonista em encenações sobre a *Paixão de Cristo*. A "farra do boi" já foi vista também como entretenimento, alegando alguns uma suposta tradição cultural. O boi fica sem comer por dias e depois é solto, sendo perseguido nas ruas da cidade. Existem relatos de maus-tratos contra os animais.

Nesse sentido, o STF entendeu como **inconstitucional** a "farra do boi", pois a crueldade praticada contra os animais não teria como fazer prevalecer uma suposta tradição cultural.

> "EMENTA: Costume — Manifestação cultural — Estímulo — Razoabilidade — Preservação da fauna e da flora — Animais — Crueldade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que **veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade**. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado 'farra do boi'" (RE 153.531, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, j. 03.06.97, *DJ* de 13.03.98 — grifo nosso).

19.8.7.2. Rinhas ou brigas de galo

As **rinhas** ou **brigas de galo** podem ser conceituadas como a realização de atividades denominadas "esportivas", em recintos próprios e fechados

(*rinhadeiros*). Aves das *raças combatentes* são colocadas para se enfrentar.

Em igual sentido, entendeu o STF que se tratava de violação ao art. 225, § 1.º, VII, por submeter os animais a crueldade.

> "EMENTA: Inconstitucionalidade. Ação direta. Lei n. 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. 'Rinhas' ou 'Brigas de galo'. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio ambiente. Animais. **Submissão a tratamento cruel**. Ofensa ao art. 225, § 1.º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas 'rinhas' ou 'brigas de galo'" (ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.06.2007, *DJ* de 29.06.2007).[43]

19.8.7.3. Rodeios de animais, vaquejada, "calf roping" e "team roping" (laçada dupla)

Nos termos do art. 1.º, parágrafo único, da Lei n. 10.519/2002, "consideram-se **rodeios** de animais as atividades de montaria ou de cronometragem e as provas de laço, nas quais são avaliados a habilidade do atleta em dominar o animal com perícia e o desempenho do próprio animal".

Enfrentando outros temas, o Des. Castilho Barbosa, do TJ/SP, explicou: "**vaquejada** — quando peões seguram fortemente o animal pela cauda para ser contido na fuga; ***calf roping*** — bezerros, com quarenta dias de vida, são tracionados no sentido contrário em que correm, erguidos e lançados violentamente ao solo, em prática que além de causar lesões pode levá-los à morte, e ***team roping*** ou **laçada dupla** — prática em que um peão laça a cabeça de um garrote, enquanto outro laça as pernas traseiras, na sequência o animal é esticado, ocasionando danos na coluna vertebral e lesões orgânicas" (AGRV 419.225.5/5, de 30.01.2007).

Nesse sentido, as atividades vêm sendo permitidas, desde que não configurem crueldade aos animais.

> "EMENTA: Agravo de Instrumento — Interposição contra decisão proferida em Primeiro Grau e que deferiu medida liminar em ação civil pública — Inconformismo — Admissibilidade em parte — Possibilidade da realização do rodeio e, nele, da 'montaria'; proibida, no entanto, a utilização de sedém, peiteiros, choques elétricos ou mecânicos e esporas; e as práticas de 'Vaquejada', 'calf roping' e 'team roping' — Entendimento jurisprudencial sobre o tema — Recurso parcialmente provido, sem prejuízo de eventual perda do objeto do presente agravo" (AGRV 419.225.5/5, de 30.01.2007).

A grande questão que se coloca, portanto, é a prática **de maus-tratos** e

crueldade contra os animais. Desde que não haja prática de atos de **flagelação** aos animais, as festas de rodeio e de peão vêm sendo admitidas pelos Judiciários locais.

O **STF** ainda não enfrentou a questão específica sobre os **rodeios**, estando pendente de julgamento a **ADI 3.595**, ajuizada pelo então Governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, com pedido de liminar, contra o *Código de Proteção aos Animais do Estado* (Lei estadual n. 11.977/2005), que, entre outros pontos, proibiu, nesse Estado, as provas de rodeio e de espetáculos que envolvam o uso de instrumentos que induzam o animal a se comportar de forma não natural **(Matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

A **Lei n. 10.519/2002** traz regras sobre a realização de rodeios, buscando evitar apetrechos técnicos utilizados nas montarias que impliquem crueldade aos animais. Já a **Lei n. 10.220/2001** institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional.

Por sua vez, o art. 32 da **Lei n. 9.605/98** (*que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*), considera crime, a que se comina pena de detenção, de três meses a um ano, e multa, praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Finalmente, e aqui deixamos o nosso abraço para os amigos da região, a **Lei n. 12.489/2011** confere ao Município de Barretos, no Estado de São Paulo, o título de **Capital Nacional do Rodeio**.

■ 19.8.7.4. Animais em circo

■ 19.8.7.4.1. A origem do circo — breve nota[44]

Muito se discute sobre a origem do circo ou, melhor dizendo, da **arte circense**, chegando alguns a apontar as suas raízes na Grécia antiga ou até mesmo no Egito, servindo o espetáculo para marcar a volta da guerra e, assim, trazendo animais exóticos para demonstrar a grandiosidade das batalhas e a distância percorrida pelos generais.

Outros atribuem o surgimento à China, destacando-se as acrobacias humanas.

Lembramos, ainda, o desenvolvimento da arte no Império Romano, como o *Circo Máximo de Roma* e o *Coliseu*.

A ideia de circo moderno, com o picadeiro, a cobertura de lona, as arquibancadas, deve-se a *Philip Astley*, da Inglaterra.

No Brasil, há alguns registros de surgimento do circo no final do século XVIII e da ideia de circo moderno no século XIX, incentivado pelo

desenvolvimento econômico, posteriormente.

Hoje se fala em um **"circo contemporâneo"**, ou o **"novo circo"**, enaltecendo a figura do homem e **excluindo a participação de animais**.

19.8.7.4.2. O adestramento de animais em circos

No tocante aos animais, muito se discute sobre eventual crueldade.

Como anotou o *Deputado Federal Antônio Carlos Biffi* em seu parecer, "para realizar tarefas como dançar, andar de bicicleta, tocar instrumentos, pular em argolas (com ou sem fogo), cumprimentar a plateia, entre outras proezas, os animais são submetidos a treinamento que, regularmente, envolve chicotadas, choques elétricos, chapas quentes, correntes e outros meios que os violentam. A alimentação e o descanso desses animais são, muitas vezes, inadequados e insuficientes. Há ainda uma perversidade adicional gerada pela presença de carnívoros nos espetáculos circenses — é comum que cães e gatos vivos sejam fornecidos a eles como alimentação, muitas vezes trocados por ingressos pelos moradores da localidade onde se encontra o circo".[45]

Segundo relata o *Deputado Federal Jorge Pinheiro*, ao analisar o **PL n. 7.291/2006**, que tramita na CD, "vários circos famosos internacionalmente — como o *Circo Soleil* do Canadá e o *Circo Oz* da Austrália — **não utilizam animais em seus espetáculos** e, inclusive, a *Escola Nacional de Circos* se manifestou a favor do projeto de lei proibindo animais em circos no Estado do Rio de Janeiro. No Brasil, o *Circo Popular do Brasil*, além de outros cinco circos, apresentam apenas espetáculos com humanos. A apresentação de animais nos espetáculos circenses em nada contribui à educação ambiental da população, visto que o comportamento apresentado não se assemelha ao comportamento natural desses animais, inclusive expondo-os ao ridículo. Mesmo alguns empresários de circo reconhecem que há uma tendência mundial de desvalorização de animais como atração circense e que o 'circo do futuro' valorizará mais o artista".[46]

19.8.7.4.3. O fim dos animais em circos significaria o fim da cultura circense?

Por todo o exposto, não nos parece que o uso de animais seja essencial para que o circo cumpra o seu relevante papel para a cultura de nosso país.

Em um primeiro momento, a utilização dos animais nos circos tenderia muito mais a caracterizar a crueldade do que o fortalecimento da cultura.

Vários incidentes com animais de circos já foram relatados. Há notícias de maus-tratos e abandono de animais, bem como de tragédias, como, em 09.04.2000, a morte de um menino de 6 anos por leões do *Circo Vostok* em

Jaboatão dos Guararapes/PE, levando a sociedade a se revoltar e ao encaminhamento de vários projetos de lei no sentido de proibir a utilização de animais nos circos.

Vários Estados, como São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, assim como vários Municípios, já proibiram a participação de animais em espetáculos circenses.

Proibir a utilização de animais em circo não significará o fim da arte, da cultura circense, que tem muito a oferecer, como a apresentação dos malabaristas, dos trapezistas, dos engolidores de fogo, dos mágicos, dos palhaços e de tantos, homens e mulheres, artistas que fazem da arte a sua vida e lutam para encantar, alegrar e estimular o sonho e o imaginário.

Assim, preserva-se a cultura, e, ao mesmo tempo, ao se proibir o emprego de animais em circos, garante-se a proibição de crueldade, harmonizando os preceitos constitucionais.

■ 19.8.8. Importação de pneus usados — ADPF 101

O STF, julgando a **ADPF 101**, declarou que a legislação que **proíbe** a importação de pneus usados é **constitucional** (cf. *Infs 538* e *552/STF*).

Os fundamentos utilizados pela Suprema Corte foram:

- proteção à saúde;
- meio ambiente ecologicamente equilibrado;
- soberania nacional;
- defesa do meio ambiente;
- princípios internacionais decorrentes de tratados de proteção ambiental.

■ 19.8.9. Exploração de recursos minerais

Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Conforme anota Paulo Affonso Leme Machado, "foi um avanço considerável — e a nível da maior lei do país — considerar induvidosamente a atividade minerária ou a mineração como atividade degradadora do ambiente pelo só fato dessa atividade existir. Há, contudo, três formas de degradação diferentes que podem advir da mineração: a **primeira**, poderá ser evitada antes do licenciamento da lavra e/ou da pesquisa, através do estudo de impacto ambiental; a **segunda**, poderá ser combatida durante o funcionamento da atividade de lavra e/ou pesquisa; e a **terceira**, a de que cuida a Constituição: a **recomposição**. A norma constitucional não eliminou as duas fases apontadas, mas mostrou que toda atividade de mineração importa

em necessidade de uma atividade de recuperação”.[47]

A exploração, ainda nos termos do art. 225, *caput*, terá de ser **sustentável** para evitar o esgotamento dos recursos minerais, inclusive para as gerações futuras.

■ 19.8.10. Responsabilidade por danos ambientais

Nos termos do art. 225, § 3.º, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas **físicas** ou **jurídicas**, a sanções **penais** e **administrativas**, independentemente da obrigação de **reparar os danos causados**.

- ■ **Responsabilidade criminal:** influenciado pelo art. 45, § 3.º, da Constituição espanhola, o constituinte de 1988 erigiu o meio ambiente a bem jurídico-penal autônomo, prevendo a responsabilização criminal em razão dos crimes ecológicos. Nesse sentido, o princípio da reserva legal deverá ser respeitado, destacando-se a Lei n. 9.605/98. Outro ponto bastante interessante foi o estabelecimento de **responsabilidade penal**[48] da **pessoa jurídica**.[49] e [50]
- ■ **Responsabilidade administrativa:** em razão da violação de normas administrativas, foram estabelecidas sanções também de natureza administrativa, como multa, interdição da atividade, advertência, suspensão de benefícios etc.
- ■ **Responsabilidade civil:** todo dano ambiental, de qualquer natureza (contratual, extracontratual, que decorra de ato ilícito ou mesmo lícito), deverá ser indenizado. Trata-se de **responsabilidade objetiva e integral** (cf. art. 21, XXIII, “d”, da CF/88 e art. 14, § 1.º, da Lei n. 6.938/81)[51] em razão do **dano ecológico**, independentemente de culpa, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade. Tendo em vista a natureza do dano ambiental, há a preferência pela tutela específica e reposição do *statu quo ante*.[52]

■ 19.8.11. Ecossistemas especialmente protegidos e erigidos à categoria de patrimônio nacional

De acordo com o art. 225, § 4.º, são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais:

- ■ Floresta Amazônica brasileira
- ■ Mata Atlântica
- ■ Serra do Mar
- ■ Pantanal Mato-Grossense
- ■ Zona Costeira

Conforme entendimento fixado pelo STF, “a norma inscrita no art. 225, § 4.º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5.º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o **direito de propriedade** em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal”.[53]

■ 19.8.12. Terras devolutas

■ 19.8.12.1. Classificação dos bens públicos: as terras devolutas enquanto bens dominicais

No tocante à destinação, os bens públicos podem ser classificados em:

- ■ **Bens de uso comum do povo ou do domínio público:** destinados à utilização geral e igualitária pelos indivíduos, independem de consentimento individualizado pelo Poder Público para a sua utilização e podem ser assim exemplificados: rios, mares, estradas, ruas e praças. Por regra, a sua utilização é gratuita, mas há exemplo de exigência de contraprestação pelo Poder Público, como no caso dos pedágios nas rodovias (art. 99, I, do CC).
- ■ **Bens de uso especial ou do patrimônio administrativo:** são aqueles utilizados pela Administração Pública para a execução de serviços públicos e administrativos, tais como os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias (art. 99, II, do CC).
- ■ **Bens dominicais ou do patrimônio disponível:** constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (art. 99, III, do CC), e **não** se encontram **afetados** a qualquer finalidade específica, isto é, não são de uso comum do povo nem de uso especial. Como exemplo, destacamos as **terras devolutas** e todas aquelas que não tenham nenhuma destinação pública específica, os prédios públicos desativados, os terrenos de marinha etc.

Pois bem. Feito esse breve apontamento (que deverá ser aprofundado nos livros de *direito administrativo* — no capítulo sobre *bens públicos*), interessa-nos, dentro da ideia de meio ambiente, analisar a questão particular sobre as **terras devolutas**.

■ 19.8.12.2. Titularidade

Na época do Brasil colônia, todas as terras descobertas eram públicas e pertenciam a Portugal, que, por sua vez, trespassou parte delas para os

colonizadores, mediante as concessões de sesmarias, que deveriam ser demarcadas e cultivadas, sob pena de *comisso*, ou seja, retorno das terras para a Coroa. Dessa forma, tanto as terras que caíram em *comisso* como as que nunca foram trespassadas e, assim, não foram fixadas como de domínio privado nem tinham destinação específica no domínio público foram consideradas **devolutas**.

Proclamada a **independência**, as terras devolutas passaram a integrar o patrimônio público do **Império**.

Em seguida, nos termos do art. 64 da Constituição de 1891 **(República)**, as terras devolutas foram transferidas para os **Estados-membros**, ficando com a União somente a porção do território indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Alguns Estados, por sua vez, transferiram, ao longo do tempo, parcela das terras devolutas para os seus **Municípios**.

Na Constituição de 1988, parte das terras devolutas que já tinham sido destinadas aos Estados **reverteu ao domínio público federal**, uma vez que, nos termos do art. 20, II, são bens da **União** as **terras devolutas** indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à **preservação ambiental**, definidas em lei.

Assim, podemos afirmar que as terras devolutas, desde a Constituição de 1891, por regra, pertencem aos **Estados-membros**, excetuando-se aquelas que, conforme visto, são indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei (art. 20, II, c/c o art. 26, IV).

Segundo Hely Lopes Meirelles, **terras devolutas** "... são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários".[54]

■ 19.8.12.3. Terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado necessárias à proteção dos ecossistemas naturais — indisponibilidade

Nos termos dos arts. 100 e 101 do CC, os **bens públicos de uso comum do povo** e os de **uso especial** são **inalienáveis**, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Por sua vez, os **bens públicos dominicais** podem ser **alienados**, observadas as exigências da lei.

Por todo o exposto, teoricamente, as terras devolutas, por serem bens públicos dominicais, poderiam ser alienadas.

Contudo, as **terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados** (art. 26, IV), por ações discriminatórias, **necessárias à proteção dos ecossistemas naturais**, foram declaradas **indisponíveis** pela Constituição (art. 225, § 5.º), **não** podendo, portanto, ser **alienadas**. O constituinte, nesse caso particular, colocou-as sob o mesmo regime jurídico dos bens de uso comum do povo e de uso especial (art. 100 do CC).

Para José Afonso da Silva, "a regra não abrange nem as terras devolutas da União, nem as dos Municípios, embora a destes até devesse abranger. A indisponibilidade constitucionalmente estabelecida depende de verificação de sua necessidade para a proteção indicada e significa — verificado esse pressuposto inclusive na via judicial — que a alienação e mesmo a simples legitimação de posse dessas terras são nulas".[55]

19.8.13. Localização das usinas nucleares: necessidade de lei federal

Para serem instaladas, as usinas que operam com reator nuclear deverão ter a sua **localização** definida em **lei federal**.

Essa regra complementa a fixada no art. 21, XXIII, "a", que estabelece a necessidade de aprovação e autorização, pelo **Congresso Nacional** (art. 49, XIV), para o funcionamento das usinas nucleares e somente para fins pacíficos.

Assim, toda e qualquer lei estadual, distrital ou municipal, inclusive Constituição estadual, ou Lei Orgânica, que vedar ou autorizar a instalação de usina nuclear em determinada região será inconstitucional por invadir a competência da União.

19.9. FAMÍLIA, CRIANÇA, ADOLESCENTE, JOVEM E IDOSO

19.9.1. Família: conceito de entidade familiar

Nos termos do art. 226, a **família** é a **base da sociedade** e terá **especial proteção** do Estado.[56]

O conceito de família foi ampliado pelo texto de 1988, visto que, para efeito de proteção pelo Estado, foi reconhecida como **entidade familiar** também a **união estável**[57] entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Embora fique clara a preferência do constituinte pelo *casamento entre homem e mulher* (uma vez que estabelece que a lei deverá facilitar a conversão da **união estável** em casamento), destacamos a importância desse novo preceito constitucional (união estável), ampliando o conceito de entidade familiar.

Aprimorando o sistema anterior, que só reconhecia a sociedade biparental (filhos de pai e mãe, tanto que as mães solteiras eram extremamente marginalizadas), fundado em ultrapassado modelo patriarcal e hierarquizado (Código Civil de 1916), a Constituição de 1988 reconheceu a **família monoparental**.

Nesse sentido, nos termos do art. 226, § 4.º, entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O Estado, então, deverá assegurar proteção especial para as mães solteiras, os pais solteiros, a comunidade de pai ou mãe separados ou divorciados e eventuais filhos, as famílias instituídas por inseminação artificial, produção independente etc.

Prioriza-se, portanto, a **família socioafetiva** à luz da **dignidade da pessoa humana**, com destaque para a **função social da família**, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges (art. 226, § 5.º)[58] e os filhos (art. 227, § 6.º).[59]

■ 19.9.2. União homossexual ou homoafetiva (união estável entre pessoas do mesmo sexo)

Carlos Roberto Gonçalves observa que vários são os requisitos para a configuração da **união estável**, sejam eles de *ordem subjetiva* ("*a*) convivência *more uxorio*; b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família") ou de *ordem objetiva* ("*a*) **diversidade de sexos**; *b*) notoriedade; *c*) estabilidade ou duração prolongada; *d*) continuidade; *e*) inexistência de impedimentos matrimoniais; e *f*) relação monogâmica").[60]

Nesse contexto, conforme anota o ilustre professor e desembargador do TJ/SP, a doutrina classifica a união entre pessoas do mesmo sexo (**parceria homossexual** ou **união homoafetiva**) como **ato inexistente**, estando a matéria excluída do direito de família, devendo ser analisada como contrato de sociedade (art. 981, *caput*, do CC) e gerando apenas efeitos de caráter obrigacional.

Com o máximo respeito e profunda admiração que temos pelo ilustre professor, com a devida vênia, **não concordamos** com esse posicionamento. Deve ser feita uma interpretação mais ampla do art. 226, § 3.º (que discorre sobre a união estável entre homem e mulher), à luz do *caput,* que prestigia a **proteção da família**, e, especialmente, do princípio da **dignidade da pessoa humana** (art. 1.º, III, da CF/88).

Não temos dúvida de que o direito tem de evoluir para disciplinar a

realidade social das uniões homoafetivas, assegurando o direito de herança, previdência, propriedade, sucessão e, quem sabe, no futuro, de acordo com a evolução da sociedade, de adoção de crianças e qualquer outro direito assegurado à união estável como entidade familiar.

Parece, então, que a **união homoafetiva**, à luz do princípio da **dignidade da pessoa humana** (art. 1.º, III — regra-matriz dos direitos fundamentais), do **direito à intimidade** (art. 5.º, X), da **não discriminação**, enquanto objetivo fundamental do Estado (art. 3.º, IV), da **igualdade** em relação ao tratamento dado à união estável entre um homem e uma mulher (art. 5.º, *caput*), deva ser considerada **entidade familiar** e, assim, ter o tratamento e **proteção especial** por parte do Estado, exatamente como vem sendo conferido à união estável entre um homem e uma mulher.

Nesse sentido, conforme argumenta Maria Berenice Dias, mostra-se "... impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. **Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar**. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção...".[61]

O STF, em decisão histórica, no julgamento da **ADI 4.277** e da **ADPF 132**, em 05.05.2011, reconheceu como constitucional a união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo sido dada **interpretação conforme à Constituição** para excluir qualquer significado do art. 1.723 do CC[62] que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Confira:

> "Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A **proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal**. Homenagem ao **pluralismo** como valor sociopolítico-cultural. **Liberdade para dispor da própria sexualidade**, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da **autonomia de vontade**. **Direito à intimidade** e **à vida privada**. Cláusula pétrea. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. **Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3.º da CF**, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos'. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual 'o que não estiver juridicamente proibido,

ou obrigado, está juridicamente permitido'. Reconhecimento do **direito à preferência sexual** como direta **emanação do princípio da 'dignidade da pessoa humana'**: direito a **autoestima** no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade**. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do **direito à liberdade sexual**. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...). Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do **art. 1.723 do CC**, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a **utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'**. Isso para **excluir** do dispositivo em causa qualquer **significado** que **impeça** o **reconhecimento** da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como **família**. Reconhecimento que é de ser feito segundo as **mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva**" (**ADI 4.277** e **ADPF 132**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, Plenário, *DJE* de 14.10.2011).

19.9.3. Transexualidade

A **Res. n. 1.652/2002** do Conselho Federal de Medicina estabeleceu regras e procedimentos para a **cirurgia de transgenitalismo**, revogando a anterior, que disciplinava o assunto, Res. CFM n. 1.482/97.

Nos termos de seus *considerandos*, destacamos que o paciente transexual "... é portador de **desvio psicológico permanente de identidade sexual**, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou autoextermínio".

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o **transexualismo** é reconhecido como uma patologia (*CID-10 F64.0*),[63] podendo ser conceituado como a vontade de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, acompanhado, geralmente, do desejo de fazer com que o corpo seja o mais próximo daquele que se sonha, seja por cirurgia, seja por tratamento hormonal. Fixa-se, ainda, o prazo de dois anos de continuidade do desejo de mudança de sexo e que não haja sintoma de qualquer outro transtorno mental. Isso quer dizer que a pessoa nasce com características físicas de um sexo, mas pensa e se comporta como uma pessoa do sexo oposto, não se confundindo o transexualismo com a homossexualidade. A alma, a essência, é de um sexo, mas o corpo físico e indesejado é do outro sexo.

Conforme o *art. 3.º da Res. CFM n. 1.652/2002*, a definição de **transexualismo** obedecerá, no mínimo, aos seguintes critérios:

- desconforto com o sexo anatômico natural;
- desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características

primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- **ausência de outros transtornos mentais**.

Pode ser tanto a transformação do fenótipo masculino em feminino **(neocolpovulvoplastias)**, com bons resultados cirúrgicos, do ponto de vista estético ou funcional, como do fenótipo feminino em masculino **(neofaloplastias)**, uma vez que, neste último caso, ainda há dificuldades técnicas para a obtenção de bom resultado, seja no aspecto estético, seja no funcional.

Assim, por todo o exposto, várias decisões de tribunais estaduais e também do STJ (**SE 2.149**, Min. Barros Monteiro, *DJ* de 11.12.2006) vêm reconhecendo, com base nos princípios da **dignidade da pessoa humana** (art. 1.º, III); **proibição de discriminação por motivo de sexo** (art. 3.º, IV); **intimidade, vida privada e honra** (art. 5.º, X); **direito à saúde** (arts. 196 e s., destacando-se o art. 199, § 4.º) etc.; o apoio do Estado para a mudança de sexo, inclusive pelo SUS, e, ainda, a autorização para mudança de nome e sexo no registro civil (adequando-se, assim, o documento formal à aparência do registrando e evitando, por consequência, constrangimento).

No STF, em decisão monocrática, a Ministra Ellen Gracie concedeu pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (**STA 185**), requerida pela União, contra ato da 3.ª Turma do TRF-4 que confirmou decisão de juízo de primeira instância, determinando que o SUS realizasse todas as cirurgias de transgenitalização (12.12.2007).

Em seu voto, esclarece: "não desconheço o sofrimento e a dura realidade dos pacientes portadores de transexualismo (patologia devidamente reconhecida pela Organização Mundial de Saúde: CID-10 F64.0), que se submetem a programas de transtorno de identidade de gênero em hospitais públicos, a entrevistas individuais e com familiares, a reuniões de grupo e a acompanhamento por equipe multidisciplinar, nos termos da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de realizar a cirurgia de transgenitalização, pessoas que merecem todo o respeito por parte da sociedade brasileira e do Poder Judiciário".[64]

Contudo, na medida em que a decisão dada na ação civil pública repercutiria sobre a programação orçamentária federal e, assim, geraria impacto nas finanças públicas, a Ministra Ellen determinou a suspensão da medida judicial.

Deve-se deixar claro que a decisão não afasta a realidade dos transexuais; muito pelo contrário: a reconhece. Deixa, porém, por questões orçamentárias, de reconhecer a obrigatoriedade de realização da cirurgia

pelo SUS, e, por questões processuais, de analisar o mérito da ação.

Na prática, pelos argumentos expostos, parece-nos que o SUS deva, sim, arcar com os custos de referida cirurgia. Dessa forma, não temos dúvida em afirmar que o Estado deverá reconhecer como **entidade familiar** aquela em que se tenha um transexual como membro, assegurando todos os direitos já defendidos para a união estável homoafetiva.

Nesse caso do transexual, uma vez realizada a cirurgia, se uma pessoa que era do fenótipo masculino se transformou em mulher, reconhecida a mudança de sexo inclusive no registro civil, parece-nos que poderá casar-se com um homem, e aqui teríamos um perfeito casamento.

O tema é muito novo e precisa de reflexão pelo STF. Vamos aguardar...

■ 19.9.4. A união estável pode ser reconhecida em relação a uma menor de 14 anos estuprada que veio a se casar com o agressor, para efeitos de extinção de punibilidade quando era admitida (antes da revogação do art. 107, VII, do CP)?

Conforme noticiado pelo STF, de acordo com os autos do **RE 418.376**, "... o réu estuprou uma sobrinha aos nove anos de idade e com ela manteve relações sexuais até os doze anos, quando a engravidou. A partir daí, os dois passaram a viver maritalmente e a defesa de J. A. F. M. alega que ficou configurada a chamada união estável" (*Notícias STF*, 09.02.2006, 19h05).

Configurada a união estável, tendo em vista que o fato ocorreu quando ainda vigorava o art. 107, VII, do CP (que **prescrevia** a extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial),[65] propunha-se a sentença absolutória.

O STF, no entanto, por 6 votos a 3, entendeu não se aplicar a extinção da punibilidade em razão da gravidade do crime, com **violência presumida**, dadas as circunstâncias de a vítima ser menor de 14 anos e o Estado ter o dever de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8.º) e, ainda, o dever de proteger as crianças, os adolescentes e os jovens (art. 227, *caput*). Por isso, a relação não poderia caracterizar-se como união estável:

> "EMENTA: Estupro. Posterior convivência entre autor e vítima. Extinção da punibilidade com base no art. 107, VII, do Código Penal. Inocorrência, no caso concreto. Absoluta incapacidade de autodeterminação da vítima. Recurso desprovido. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima — a menor impúbere violentada — com o

autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3.º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei n. 11.106/2005 — embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos —, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal" (**RE 418.376**, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 09.02.2006, *DJ* de 23.03.2007).

■ 19.9.5. Família: assistência e proteção contra a violência doméstica

O Estado assegurará a **assistência** à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para **coibir a violência** no âmbito de suas relações.

Percebam que essa proteção, dever do Estado, refere-se ao conceito amplo de entidade familiar, abrangendo, também, qualquer forma de união estável, e não somente a mulher, mas também o homem, filhos e qualquer de seus integrantes.

■ 19.9.6. Casamento: regras gerais; gratuidade da celebração; efeito civil; liberdade de crença (centro espírita, candomblé, umbanda etc.)

O **casamento** é **civil** e é **gratuita** a **celebração** (art. 226, § 1.º).

Deve-se deixar claro que a gratuidade é da **celebração**, não alcançando, assim, o procedimento de habilitação para o casamento (arts. 1.525 a 1.532, do Código Civil, e arts. 67 a 69 da *Lei dos Registros Públicos* (*Lei n. 6.015/73*), salvo quando se estiver diante de *reconhecidamente pobres*.

Nesse sentido, o art. 1.512, parágrafo único, do Código Civil, estabelece que a habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão **isentos de selos**, **emolumentos** e **custas**, para as pessoas cuja **pobreza** for **declarada**, sob as penas da lei.

O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei (art. 226, § 2.º).

Nesse contexto, destacamos importante discussão decorrente do direito fundamental da liberdade de crença, culto e organização religiosa (art. 5.º, VI a VIII).

Conforme já estudamos, desde o advento da República existe separação entre Estado e Igreja, inexistindo religião oficial da República Federativa do Brasil.

Portanto, se não existe religião oficial e se a liberdade de crença religiosa está assegurada, indagamos se o casamento em **centro espírita** ou mesmo em **templo, catedral, sinagoga, terreiro, casa religiosa**, enfim, o casamento

celebrado por **líder de qualquer religião** ou **crença** teria o mesmo efeito civil do casamento realizado na religião católica, aplicando-se, por consequência, o art. 226, § 2.º.

O STF ainda não enfrentou o tema, mas existem dois importantes julgados proferidos por Tribunais de Justiça.

Em primeiro lugar, destacamos julgado proferido pelo **TJ/BA** que garante o mesmo efeito estabelecido para o casamento religioso (da religião católica) ao casamento realizado em centro espírita, prestigiando a **dignidade da pessoa humana** e a **liberdade religiosa**:

> "EMENTA: (...). O casamento realizado num Centro Espírita, perante a autoridade reconhecida pela comunidade, tem validade jurídica e se equipara ao casamento celebrado perante autoridade pública, devendo ser registrado no registro próprio, observados os requisitos legais para o casamento" (MS n. 34.739-8/2005 — 10.03.2006).[66]

Em igual sentido, destacamos decisão proferida pelo **TJ/RS**:

> "Nesse particular, entendo, primeiro, que o casamento no candomblé ou na umbanda tem o mesmo valor dos casamentos realizados nas religiões católicas e israelitas. Não devemos valorar mais os pactos realizados em grandes sinagogas ou catedrais pomposas, pelo fato de o casamento ter sido realizado em terreiros. Em todas essas cerimônias, o que está em questão, antes de mais nada é a fé que cada um dos parceiros tem numa força sobrenatural. Além disso, vale também, a confiança nos padres, pais de santo, rabinos e pastores, legítimos representantes das entidades dignas de fé de cada um. Enfim, mais do que um frio e burocrático casamento civil, a relevância do casamento religioso centra-se em valores transcendentes que o direito deve aprender a reconhecer seus efeitos" (TJ/RS, AC 70003296555, 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 27.06.2002).

■ 19.9.7. Divórcio: forma de dissolução do casamento civil à luz da EC n. 66/2010

O casamento civil, na **redação original** do art. 226, § 6.º, CF/88, podia ser dissolvido pelo divórcio, após: **a)** prévia separação judicial por mais de 1 ano nos casos expressos em lei; **b)** comprovada separação de fato por mais de 2 anos.

Durante muito tempo, apenas o casamento com vínculo indissolúvel tinha a proteção por parte do Estado. Essa situação foi modificada pela EC n. 9/77 (*estabelecia-se como requisito a prévia separação judicial por mais de 3 anos*) e depois regulamentada pela Lei n. 6.515/77 (*Lei do Divórcio*), estando a

dissolução do casamento prevista no art. 226, § 6.º, da CF/88, como **direito fundamental da pessoa humana**.

Perceba-se que a Constituição estabelece o divórcio apenas para o casamento civil, e não para a união estável, a qual, reconhecida, por ser união de fato, será "dissolvida" por situação de fato ou acordo entre os conviventes.

Outro ponto que se analisava era se a lei poderia estabelecer algum outro requisito para a conversão da separação em divórcio além do lapso temporal (alertando que a exigência de cumprimento de prazo era na **regra antiga**!).

Destaca-se o caso particular do art. 36, II, da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), que permite contestação em ação de conversão de separação em divórcio ou divórcio direto alegando o *descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação*.

O STF enfrentou o tema e entendeu que referido dispositivo não foi recepcionado pela CF/88. Assim, foi revogado, uma vez que a Constituição só exigia, como exclusivo requisito para conversão da separação em divórcio, o lapso temporal (cf. **RE 387.271**, *Notícias STF* de 08.08.2007 e *Inf. 475/STF*).

Toda essa discussão sobre o lapso temporal como requisito para o divórcio deixa de ter sentido em razão da promulgação da **EC n. 66/2010**, fruto da denominada "PEC do Amor", como fora apelidada, no SF, a **PEC n. 28/2009**.

Agora, de acordo com a **nova regra** contida no art. 226, § 6.º, o **casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio**, sem haver a previsão de cumprimento de lapso temporal como requisito.

O divórcio, portanto, tendo em vista que a emenda entrou em vigor na data de sua publicação, poderá ser **imediatamente** implementado.

Lembramos, finalmente, a **Lei n. 11.441/2007**, que altera o CPC, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa ("simplificação de procedimentos").

■ 19.9.8. Liberdade para o planejamento familiar: dignidade da pessoa humana e paternidade responsável

Nos termos do art. 226, § 7.º, fundado nos princípios da **dignidade da pessoa humana** e da **paternidade responsável**, o **planejamento familiar** é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, **vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas**.

Nos termos do art. 2.º da Lei n. 9.263/96 (*que regula o § 7.º do art. 226 da CF/88*), entende-se por planejamento familiar "... o conjunto de ações de

regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Nesse sentido, destacamos duas ações do Estado:

- **distribuição de preservativos:** não só no *carnaval*, mas durante todo o ano, o que materializa o comando do art. 226, § 7.º;
- **distribuição da “pílula do dia seguinte”:** ação nova que gerou muita polêmica no carnaval de 2008. “A pílula anticoncepcional de emergência (*levonorgestrel 0,75 mg*), também conhecida como *pílula do dia seguinte*, é um recurso anticoncepcional importante para evitar uma gravidez indesejada, após uma relação sexual desprotegida. (...) Não é abortiva, pois não interrompe uma gravidez estabelecida e seu uso deve se dar antes da gravidez. Os vários estudos disponíveis atestam que ela atua impedindo o encontro do espermatozoide com o óvulo, seja inibindo a ovulação, seja espessando o muco cervical ou alterando a capacitação dos espermatozoides. Portanto, o seu mecanismo de ação é basicamente o mesmo dos outros métodos anticoncepcionais hormonais (pílulas e injetáveis). (...) É um direito assegurado pela Constituição Federal e pela Lei n. 9.263/96, que regulamenta o planejamento familiar, o acesso das pessoas às informações, métodos e técnicas para a concepção e para a anticoncepção, cientificamente aceita e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas” (*Nota Técnica do Ministério da Saúde*).

19.9.9. Criança, adolescente e jovem (EC n. 65/2010)

A Constituição de 1988 avança na proteção à criança, ao adolescente e ao jovem **(EC n. 65/2010)**, fixando diversos direitos fundamentais.

Cabe alertar que o *Capítulo VII*, do Título VIII, da CF/88, em sua redação original tratava da proteção da *família*, da *criança*, do *adolescente* e do *idoso*.

Observava-se, assim, um “salto” da adolescência para a condição de idoso, havendo, assim, preocupante lacuna de proteção estatal (ao menos em termos de previsão constitucional e até de políticas públicas) em relação a representativa parte da população, que são os **jovens**.

Segundo o *Parecer* da Comissão especial destinada a proferir parecer à *PEC n. 138/2003*, que “dispõe sobre a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais da juventude” e que veio a ser transformada, com modificações, na **EC n. 65/2010**, os **jovens** representam (dados de 2009) quase **50 milhões de brasileiros**, com idade entre 15 e 29 anos, sendo que, nesse universo, cerca de 34 milhões estão entre os 15 e 24 anos.

A Constituição fazia alguma previsão em relação aos jovens, só que muito tímida, destacando-se:

■ **art. 24, XV:** "compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção à infância e à **juventude**";
■ **art. 7.º, XXXIII:** "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de **18** e de qualquer trabalho a menores de **16** anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos";
■ **art. 14, § 1.º, II, "c":** "o alistamento eleitoral e o voto são facultativos para os maiores de 16 e menores de 18 anos";
■ **art. 60, § 4.º, ADCT:** "para efeito de distribuição de recursos dos Fundos a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo, levar-se-á em conta a totalidade das matrículas no ensino fundamental e considerar-se-á para a educação infantil, para o ensino médio e para a educação de **jovens** e adultos 1/3 (um terço) das matrículas no primeiro ano, 2/3 (dois terços) no segundo ano e sua totalidade a partir do terceiro ano".

Havia, também, a existência de uma **Secretaria Nacional de Juventude**, vinculada à *Secretaria-Geral da Presidência da República*, e o **Conselho Nacional de Juventude**, nos termos da Lei n. 11.129/2005, implementado pela Lei n. 11.692/2008, que passou a reger o *Programa Nacional de Inclusão de Jovens — Projovem*.

Apesar dessas medidas, a previsão constitucional era muito **tímida** em relação à proteção **específica** dos **jovens**.

Foi nesse contexto que foi promulgada a **EC n. 65/2010**, buscando, então, incentivar as atuações governamentais de apoio ao jovem, nessa fase tão difícil de sua vida, de transição entre a adolescência e a vida adulta, marcada por muitas incertezas e dificuldades.

De acordo com o Relatório da CCJ no SF, *Parecer n. 297/2009*, nessa fase "...também se encontra a parte da população nacional atingida pelos piores índices de desemprego, evasão escolar e mortes por homicídio, sem falar dos problemas relativos à sexualidade, ao abuso de drogas e ao envolvimento com a criminalidade. Não amparados por serviços diferenciados e eficientes de apoio educacional, psicológico e médico, esses jovens vivenciam diariamente os **conflitos inerentes à transição da adolescência para a vida adulta**. Experimentam, nessa fase, via de regra, a saída da escola e da casa dos pais, a procura de trabalho, a prestação do serviço militar, o casamento e a constituição de uma nova família. Passam, portanto, de um estado de indefinição e dependência a outro de responsabilidade e autonomia, sem vislumbrar a presença do Estado em seu horizonte".

A proteção às crianças e aos adolescentes já era reforçada pela *Convenção sobre os Direitos da Criança*[67] e pelo *Estatuto da Criança e do*

Adolescente (Lei n. 8.069/90) e, agora, a proteção aos **jovens** está prevista na Constituição pela **EC n. 65/2010**, devendo, nos termos do art. 227, § 8.º, I, II, ser editado o **Estatuto da Juventude**, destinado a regular os direitos dos jovens, bem como pelo **Plano Nacional de Juventude**, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Para efeitos conceituais, de acordo com o *Estatuto da Criança e do Adolecente* (art. 2.º) e nos termos do *Parecer* da Comissão especial destinada a proferir parecer à *PEC n. 138/2003* (já que ainda o Congresso Nacional precisa legislar — **matéria pendente**), considera-se:

- **criança:** a pessoa até *12 anos* de idade incompletos;
- **adolescente:** a pessoa *entre 12 e 18 anos* de idade;[68]
- **jovem:** segmento social que compreende a faixa etária dos *15 aos 29 anos*, lembrando que a matéria ainda precisa ser regulamentada nos termos do *Estatuto da Juventude*, mas já há essa definição etária nos termos do art. 2.º, da Lei n. 11.692/2008.

Nos termos do art. 227, *caput*, é dever da **família**, da **sociedade** e do **Estado**, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, **assegurar** à criança, ao adolescente e ao jovem **(EC n. 65/2010)**, com absoluta **prioridade**, o direito:

- à vida;
- à saúde;
- à alimentação;
- à educação;
- ao lazer;
- à profissionalização;
- à cultura;
- à dignidade;
- ao respeito;
- à liberdade;
- à convivência familiar e comunitária.

Nesse sentido, o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

- **recursos públicos:** aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
- **portadores de deficiência:** criação de programas de prevenção e

atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

■ 19.9.10. Criança, adolescente e jovem: proteção especial

O art. 227, § 3.º, assegura à criança, ao adolescente e ao jovem direito à **proteção especial**, que abrangerá os seguintes aspectos:

- ■ **proibição** de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos;
- ■ idade mínima de 14 anos para admissão ao trabalho, que deverá ser na condição de **aprendiz** até os 16 anos (art. 7.º, XXXIII);
- ■ **garantia** de direitos previdenciários e trabalhistas;
- ■ **garantia** de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola **(EC n. 65/2010)**;
- ■ **garantia** de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
- ■ **obediência** aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
- ■ **estímulo** do Poder Público, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado (**família substituta** da família natural — arts. 28 e s. do ECA);
- ■ **programas** de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem **(EC n. 65/2010)** dependente de entorpecentes e drogas afins.

Como desdobramento dessa proteção especial por parte do Estado, o art. 227, § 4.º, estabelece que a lei **punirá** severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, e em reforço de garantia de proteção às crianças e adolescentes e atendimento dos direitos, o constituinte determina a observância do art. 204 — garantia de recursos orçamentários.

■ 19.9.11. Alienação parental

De maneira bastante interessante, a **Lei n. 12.318/2010** dispôs sobre a **alienação parental**, tema que deverá ser aprofundado no *direito civil*.

De acordo com o seu art. 2.º, considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham

a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que **repudie** genitor ou que cause **prejuízo** ao estabelecimento ou à manutenção de **vínculos** com este.

A lei, de maneira interessante, exemplifica formas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- dificultar o exercício da autoridade parental;
- dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Dessa forma, a prática de ato de alienação parental fere **direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável**, prejudica a realização de **afeto** nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui **abuso moral** contra a criança ou o adolescente e **descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda**.

19.9.12. Adoção

19.9.12.1. Regras gerais sobre adoção

Nos termos do art. 227, § 5.º, a **adoção** será **assistida pelo Poder Público**, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros, estando a matéria disciplinada especialmente na *Lei Nacional da Adoção* **(Lei n. 12.010/2009)**.

A adoção obedecerá a processo judicial, e os seus efeitos, por regra, só começam a partir do **trânsito em julgado** da sentença, **exceto** se o adotante vier a **falecer** no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Respeitando a **dignidade da pessoa humana**, o art. 227, § 6.º, da CF/88

dispõe que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, inclusive sucessórios, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Esse tratamento não discriminatório deverá ser observado, também, se a adoção for realizada por entidade familiar constituída por **união estável**.

■ 19.9.12.2. Adoção internacional

A **adoção internacional**, regulada pelo ECA (e não pelo CC, nos termos dos arts. 51 e 52 do ECA) e, também, pela *Convenção Relativa à Proteção e Cooperação Internacional em Matéria de Adoção Internacional* (Dec. n. 3.087/99), caracteriza-se como o **único modo de colocação em família substituta estrangeira**. Interpretando-se o art. 31 do ECA, parece constituir medida excepcional, e, assim, caminha a doutrina e a jurisprudência no sentido de **preferir** a adoção por brasileiro ou estrangeiro residente no País àquela para fora do Brasil (internacional).[69] De qualquer forma, acima de tudo, no caso concreto, deverá o juiz observar o interesse do adotando.

■ 19.9.12.3. Adoção por homossexual ou casal transexual

Conforme já verificamos, parece-nos perfeitamente possível reconhecer a proteção do Estado em relação à entidade familiar formada pela união homoafetiva ou por casal transexual.

Nesse sentido, desde que haja minucioso estudo psicossocial por equipe multidisciplinar e reconhecimento pelo juiz, sempre buscando o melhor para o adotando, parece-nos possível a adoção por casal homossexual (ou transexual), consoante entendeu o TJ/RJ: "a afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado..." (AC 14.332/98, 9.ª C. Cív., Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, *DORJ* de 28.04.99).

■ 19.9.13. Direito de ação de investigação de paternidade: a problemática da submissão coercitiva ao exame de DNA

Não resta dúvida de que a Constituição assegura como direito fundamental a ação de investigação de paternidade, uma vez que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

A questão que se coloca é se seria admitida a condução coercitiva para o exame de DNA.

Por regra, o STF entende que "discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas — preservação da **dignidade humana**, da **intimidade**, da **intangibilidade do corpo humano**, do império da lei e da

inexecução específica e direta de obrigação de fazer — provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame **DNA**. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (HC 71.373, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.94, *DJ* de 22.11.96).

A inadmissibilidade da submissão coercitiva ao exame de DNA é a **regra**. Contudo, em outro julgado, o Pleno do STF determinou a realização (contra a vontade da suposta mãe) do exame de DNA na placenta da cantora mexicana *Gloria Trevi*, cujo filho teria sido, conforme acusado, fruto de estupro ocorrido nas dependências da Polícia Federal.

No caso concreto, os Ministros entenderam que o interesse público prevaleceu sobre o particular da suposta mãe: "Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. (...) Bens jurídicos constitucionais como 'moralidade administrativa', 'persecução penal pública' e 'segurança pública' que se acrescem — como bens da comunidade, na expressão de Canotilho — ao direito fundamental à honra (CF, art. 5.°, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho" (**Rcl 2.040-QO**, Rel. Min. Néri da Silveira, em j. 21.02.2002, *DJ* de 27.06.2003).

Esse segundo julgado está na linha do que defendeu Alexandre de Moraes ao criticar a regra geral adotada pelo STF no sentido da prevalência do direito da intimidade e intangibilidade do corpo humano.

Segundo o ilustre autor, enaltecendo os princípios da **relatividade dos direitos e garantias fundamentais, convivência das liberdades públicas, concordância das normas constitucionais**, destaca-se importante decisão trazida por *Francisco Llorente*, do Supremo Tribunal Constitucional espanhol, "... que entendeu que os direitos constitucionais à intimidade e à integridade física não podem converter-se em previsão que consagre a impunidade, com desconhecimento das obrigações e deveres resultantes de uma conduta que teve uma íntima relação com o respeito a possíveis vínculos familiares" (*Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 152 e 178).[70]

Finalmente, conforme já estudado no *item 6.7.1.17.4.2*, analisando o instituto da coisa julgada, em **situação excepcionalíssima**, o STF afastou a

alegação de segurança jurídica (coisa julgada) para fazer valer o *direito fundamental de que toda pessoa tem de conhecer as suas origens* **(princípio da busca da identidade genética)**, especialmente se, à época da decisão que se procura rescindir, não se pôde fazer o exame de **DNA**.

A decisão foi tomada, em **02.06.2011**, por **7 X 2**, no julgamento do **RE 363.889**, concedendo à recorrente o direito de, depois de mais de 10 anos, voltar a pleitear, perante o suposto pai, a realização do **exame de DNA**, tendo em vista que, na primeira decisão, embora beneficiária da assistência judiciária, a recorrente não podia arcar com as suas custas para a sua realização.

Cabe destacar o **voto vencido** do **Min. Marco Aurélio**, que, dentre outros aspectos, apontou a inexistência de efeito prático da decisão que acabava de ser tomada, na medida em que, conforme afirmou, "o demandado (suposto pai) não pode ser obrigado a fazer o exame de DNA", realçando que a negativa de realização do exame não leva à **presunção absoluta** de que é verdadeiramente o pai.

■ 19.9.14. Portadores de deficiência

A proteção e amparo aos portadores de deficiência apareceu em sede constitucional somente com EC n. 12/78, projeto de autoria do Deputado Federal Thales Ramalho.

No texto de 1988, os arts. 227, § 2.º, e 244 estabelecem que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às **pessoas portadoras de deficiência**.

Embora a regra esteja inserida no capítulo sobre *família, criança, adolescente, jovem e idoso*, a proteção aos portadores de deficiência deve ser estudada como direito fundamental da pessoa humana.

Em particular, destacam-se as Leis n. 7.853/89 e 10.098/2000, uma vez que, conforme visto, há expressa previsão de proteção para a criança, o adolescente e o jovem no art. 227, § 1.º, II, da CF/88.

A Lei n. 11.982, de 16.07.2009, ao incluir um parágrafo único ao art. 4.º da Lei n. 10.098/2000, estabelece, de maneira bastante interessante, que os parques de diversões, públicos e privados, devem adaptar, no mínimo, 5% de cada brinquedo e equipamento e identificá-lo para possibilitar sua utilização por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, tanto quanto tecnicamente possível.

Assegura-se, como direito fundamental, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7.º, XXXI), visto que, em prestígio ao princípio

da isonomia substancial ou material e como modalidade de ação afirmativa, a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão (art. 37, VIII).

Por fim, o dever do Estado de cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II) está materializado como atividade de assistência social (art. 203, IV e V) e atendimento educacional (art. 208, III).

■ 19.9.15. Inimputabilidade penal

Nos termos do art. 228 da CF/88, são penalmente inimputáveis os menores de **18 anos**, sujeitos às normas da legislação especial.

Muito se cogita a respeito da redução da maioridade penal, de 18 para 16 anos. Para tanto, o instrumento necessário seria uma **emenda à Constituição** e, portanto, manifestação do poder constituinte derivado reformador, limitado juridicamente.

Neste ponto, resta saber: eventual EC que reduzisse, por exemplo, de 18 para 16 anos, a maioridade penal violaria a cláusula pétrea do direito e garantia individual (art. 60, § 4.º, IV)?

Embora parte da doutrina assim entenda,[71] a nossa posição é no sentido de ser perfeitamente **possível** a redução de 18 para 16 anos, uma vez que apenas não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada.

Reduzindo a maioridade penal de 18 para 16 anos, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir.

A sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor a ação popular e votar. Portanto, em nosso entender, eventual PEC que reduza a maioridade penal de 18 para 16 anos é totalmente constitucional. O limite de 16 anos já está sendo utilizado e é fundamentado no parâmetro do exercício do direito de votar e à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano.

Nesses termos, observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "timbra o texto, no art. 228, em consagrar a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos. É incoerente esta previsão se se recordar que o direito de votar — a maioridade política — pode ser alcançado aos dezesseis anos...".[72]

■ 19.9.16. Dever de reciprocidade entre pais e filhos

Segundo a proposta elaborada pela *Comissão Afonso Arinos*, o art. 229 traz

importante **regra da vida:** os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

■ 19.9.17. Idosos

■ 19.9.17.1. Princípios da solidariedade e proteção à luz da "reserva do possível"

Nos termos do art. 230, à luz dos **princípios da solidariedade** e **proteção**, a **família**, a **sociedade** e o **Estado** têm o dever de **amparar as pessoas idosas**, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.[73]

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social, sendo obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Nesse contexto, os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus **lares**.

A Lei n. 8.842/94 (*Política Nacional do Idoso*) e a Lei n. 10.741/2003 (*Estatuto do Idoso*) consideram **idoso** toda pessoa com idade igual ou superior a **60 anos**.

A velhice tem proteção como direito previdenciário (art. 201, I) e como direito assistencial (art. 203, I e V).

Porém, como anotam Mendes, Coelho e Branco, as políticas públicas de proteção ao idoso devem conciliar-se com os recursos orçamentários (art. 117 do *Estatuto do Idoso*). "Noutras palavras, em que pesem as generosas promessas desse *Estatuto*, aqui, como em tudo o que diz respeito à efetivação de direitos sociais, reina, impiedosa, a **reserva do possível**".[74]

■ 19.9.17.2. Idoso e transporte público: "constitucionalismo fraternal" ou "altruístico" — "ações distributivistas e solidárias" — "direito fraternal"

Destacamos, ainda, a regra do art. 230, § 2.º, que assegura aos **maiores de 65 anos** a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. Em nosso entender, trata-se de **norma de eficácia plena**, que, portanto, independe de complementação infraconstitucional.

Nesse sentido, o art. 39 do *Estatuto do Idoso* assegura aos maiores de 65 anos de idade a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares, dispositivo declarado constitucional

pelo STF:

> "EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 39 da Lei n. 10.741, de 1.º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que têm mais de 65 (sessenta e cinco) anos. Direito constitucional. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Norma legal que repete a norma constitucional garantidora do direito. Improcedência da ação. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2.º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente" (**ADI 3.768**, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.09.2007, *DJ* de 26.10.2007).

Nesse caso concreto, o Min. Carlos Ayres Britto observou que a relatora havia retratado "o advento de um novo **constitucionalismo fraternal** ou, como dizem os italianos, **'altruístico'**, com **ações distributivistas e solidárias**". Segundo ele, "não se trata de um direito social, mas de um **direito fraternal** para amainar direitos tradicionalmente negligenciados" (*Notícias STF,* 19.09.2007, 20h50).

■ 19.9.17.3. Celeridade do processo e crimes praticados contra os idosos

Conforme já estudamos no *capítulo do Poder Judiciário*, o art. 94 do **Estatuto do Idoso** (Lei n. 10.741/2003) estabelece que aos crimes previstos na referida Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos, **aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099/95** (Juizados) e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Esse dispositivo foi questionado na **ADI 3.096**, ajuizada pelo PGR, e entendeu o STF que a aplicação da Lei n. 9.099/95 é apenas em relação aos **aspectos processuais**, buscando, na ideia de efetividade do processo, que este termine mais rapidamente, até porque a vítima é idosa. Nesse sentido:

> "EMENTA: (...). Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão 'do Código Penal e'. Aplicação **apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95:** benefício do idoso com a celeridade processual. **Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime**. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao

art. 94 da Lei n. 10.741/2003" (ADI 3.096, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16.06.2010, Plenário, *DJE* de 03.09.2010).

■ 19.10. ÍNDIOS

■ 19.10.1. Os índios no constitucionalismo brasileiro

Analisando as Constituições brasileiras, percebe-se que foi somente na de **1934** que apareceu pela primeira vez a proteção aos índios, naquele texto denominados **silvícolas**.

Como já estudado no *item 2.5.5*, a Constituição de 1934 inaugura a ideia de **Constituição social**, sofrendo forte influência da *Constituição de Weimar* da Alemanha, de 1919, evidenciando-se, assim, os direitos de segunda dimensão sob a perspectiva do Estado Social de Direito (democracia social).

A proteção aos silvícolas foi mantida nos textos que seguiram (1937, 1946, 1967, EC n. 1/69), atingindo ampla previsão na CF/88,[75] que substituiu a expressão "silvícola" ("aquele que nasce ou vive na selvas; selvagem" — *Dicionário Aurélio*) por **índios**.[76]

■ 19.10.2. Proteção das "minorias nacionais" e a importância da "terra"

Em relação à proteção das minorias, conforme se observa no *site* da PGR, destacamos o importante papel da *6.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal*, órgão setorial de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional dos Procuradores da República, no tocante aos temas relativos aos *povos indígenas* e *outras minorias étnicas*, tendo especial atenção:

- os **quilombolas**;[77]
- as **comunidades extrativistas**;
- as **comunidades ribeirinhas** e os **ciganos**.

> "Todos esses grupos têm em comum um modo de vida tradicional distinto da sociedade nacional de grande formato. De modo que o grande desafio para a 6.ª CCR, e para os Procuradores que militam em sua área temática, é assegurar a pluralidade do Estado brasileiro na perspectiva **étnica** e **cultural**, tal como constitucionalmente determinada".[78]

Nesse contexto, a **terra** adquire um particular significado como instrumento de consagração do direito fundamental da **moradia** (art. 6.º da CF/88) e, assim, da **dignidade da pessoa humana**, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III).

A terra, bem anota Daniel Sarmento, nessas comunidades, caracteriza-se como importante mecanismo para manter a união do grupo, permitindo, dessa forma, a sua continuidade ao longo do tempo, assim como a preservação da cultura, dos valores e de seu modo particular de vida dentro da comunidade.

Consequentemente, anota o ilustre professor, "privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, tragado pela sociedade envolvente...". E completa: "por isso, a perda da identidade coletiva para os integrantes destes grupos costuma gerar crises profundas, intenso sofrimento e uma sensação de desamparo e de desorientação, que dificilmente encontram paralelo entre os integrantes da cultura capitalista de massas. *Mutatis mutandis*, romper os laços de um índio ou de um quilombola com o seu grupo étnico é muito mais do que impor o exílio do seu país para um típico ocidental".[79]

■ 19.10.3. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

■ 19.10.3.1. Bens da União. Terras destinadas à posse permanente dos índios: bens públicos de uso especial

As *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*, apesar de serem previstas como **bens da União** (art. 20, XI), destinando-se à **posse permanente** dos silvícolas, são **inalienáveis** e **indisponíveis**, e os direitos sobre elas, **imprescritíveis**.

Nos termos da S. 650/STF, as *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* não alcançam as terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

A vinculação à União está reforçada no art. 22, XIV, que estabelece ser competência privativa da União legislar sobre populações indígenas.

Por essas características e por possuírem destinação específica, embora não previstas expressamente no art. 99, II, do CC, as *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* podem ser classificadas como **bens públicos de uso especial**.

Em relação a essa regra, qual seja, o conceito segundo o qual as **terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União**, devemos lembrar uma exceção, já anunciada na citada S. 650/STF.

De acordo com o **art. 64** da Constituição de **1891**, pertencem aos **Estados** as minas e **terras devolutas** situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Nesse sentido, "as terras dos **aldeamentos indígenas** que se **extinguiram**

antes da Constituição de 1891, por haverem *perdido o caráter de bens destinados a uso especial*, passaram à categoria de **terras devolutas**. Uma vez reconhecidos como terras devolutas, por força do art. 64 da Constituição de 1891, os **aldeamentos extintos** transferiram-se ao **domínio dos Estados**" (**ADI 255**, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.03.2011, Plenário, *DJE* de 24.05.2011. No mesmo sentido: **RE 212.251**, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.06.98, 1.ª Turma, *DJ* de 16.10.98).

19.10.3.2. Conceito

Caracterizam-se como *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*, nos termos do art. 231, § 1.º, aquelas que, necessariamente, apresentem as seguintes indissociáveis características:

- sejam habitadas em caráter permanente;
- sejam utilizadas para as atividades produtivas dos índios;
- imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar;
- necessárias à reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos, costumes e tradições.

19.10.3.3. Nulidade e extinção dos atos que atentem contra as "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios"

Nos termos do art. 231, § 6.º, são **nulos** e **extintos**, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

A única **exceção** trazida pela CF/88 a não caracterizar a nulidade e a extinção dos atos refere-se aos atos que se apresentem como de relevante interesse público da União, segundo o que dispuser **lei complementar**.

Por consequência, a nulidade e a extinção de referidos atos não gerarão qualquer direito a indenização ou a ações contra a União, em face do órgão de assistência do índio (*Fundação Nacional do Índio — FUNAI*,[80] vinculada ao Ministério da Justiça) ou perante os próprios silvícolas, salvo, na forma do que dispuser a lei, no tocante às **benfeitorias** derivadas da ocupação de **boa-fé**.

Naturalmente, nessa única hipótese indenizatória, a ação deverá ser proposta em face da **União**, e não dos índios ou da FUNAI, uma vez que é a União a responsável por "... velar e impedir a prática de atos atentatórios aos direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, que são bens dela".[81]

19.10.4. Indigenato: fonte para o direito dos índios sobre as suas terras

A expressão "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não tem relação com o tempo de sua ocupação, não estando, portanto, relacionada a qualquer situação temporal, mas, sim, ao **modo tradicional** de ocupação das terras pelos índios, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Consagra-se, então, a ideia do **indigenato**, ou seja, a tradição iniciada, segundo José Afonso da Silva, pelo Alvará de 1.º.04.1680, confirmado pela Lei de 06.06.1755, de sempre respeitar o direito dos índios sobre as terras.

Conforme conclui o mestre, "... o *indigenato* não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O *indigenato* é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é um título adquirido...". Assim, "... em face do direito constitucional indigenista, relativamente aos índios com habitação permanente, não há uma simples posse, mas um reconhecido direito originário e preliminarmente reservado a eles".[82]

Dessa forma, "... a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas de direito civil. Sua posse extrapola a órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu *habitat*, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana".[83]

19.10.5. Usufruto exclusivo dos índios e a mineração em terras indígenas

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o **usufruto exclusivo** das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Apesar dessa regra geral, nos termos do art. 231, § 3.º, autoriza-se o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, dependendo, para tanto, de **expressa** e **formal autorização do Congresso Nacional**, ouvidas as comunidades afetadas e desde que se assegure aos índios, na forma da lei, a participação nos resultados da lavra.

Referido processo de autorização se implementa, nos termos do art. 49, XVI, por meio de **decreto legislativo**, materializando competência exclusiva, portanto indelegável, do Congresso Nacional.

A análise do Congresso Nacional deverá levar em consideração o **princípio da prevalência dos interesses indígenas**, tanto que o art. 176, § 1.º, estabelece que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento

dos potenciais de energia hidráulica em terras indígenas só poderão ocorrer de acordo com os critérios e condições específicas definidos em lei.

A restrição é tamanha que nem mesmo as *atividades garimpeiras*, em cooperativa ou não, serão admitidas dentro das terras indígenas, salvo, naturalmente, as atividades garimpeiras desenvolvidas pelos próprios silvícolas, uma vez que, conforme visto, eles têm o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 7.º, c/c o art. 174, §§ 3.º e 4.º).

■ 19.10.6. Regras constitucionais para a remoção dos grupos indígenas

A CF/88 (art. 231, § 5.º), por regra, vedou a possibilidade de remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional, ou seja, desde que o Congresso Nacional, uma vez consultado, aprove, somente nos seguintes casos:

- **catástrofe;**
- **epidemia que ponha em risco a população indígena;**
- **interesse da soberania do País.**

Em qualquer dessas hipóteses, logo que cesse o risco, deve-se garantir o retorno imediato dos índios ao seu *habitat* natural.

Nesse contexto, destacamos interessante decisão do STF no tocante à intimação de indígena para prestar depoimento na condição de testemunha em CPI:

> "EMENTA: (...) IV. Comissão Parlamentar de Inquérito: intimação de indígena para prestar depoimento na condição de testemunha, fora do seu *habitat*: violação às normas constitucionais que conferem proteção específica aos povos indígenas (CF, arts. 215, 216 e 231). 1. A convocação de um índio para prestar depoimento em local diverso de suas terras constrange a sua liberdade de locomoção, na medida em que é **vedada pela Constituição da República a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas** (CF/88, artigo 231, § 5.º). 2. A tutela constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais. 3. Ademais, o depoimento do índio, que não incorporou ou compreende as práticas e modos de existência comuns ao 'homem branco' pode ocasionar o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento do seu *status libertatis*. 4. Donde a necessidade de adoção de cautelas tendentes a assegurar que não haja agressão aos seus usos, costumes e tradições" (HC 80.240, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20.06.01, *DJ* de

14.10.2005).

19.10.7. Demarcação das terras indígenas

19.10.7.1. Aspectos gerais

Nos termos do art. 231, *caput*, são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, **competindo à União demarcá-las**, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio (*FUNAI*), serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido no Dec. n. 1.775/96, devendo referida demarcação administrativa ser aprovada por Portaria do Ministro da Justiça, que será homologada pelo Presidente da República e, posteriormente, registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

Entendeu o STF ser **dispensada** a manifestação do Conselho de Defesa Nacional durante o processo homologatório, mesmo que a terra indígena se situe em região de fronteira (MS 25.483, Rel. Min. Carlos Britto, j. 04.06.07, *DJ* de 14.09.2007).

Por sua vez, o art. 67 do ADCT estabeleceu o prazo de **5 anos** a partir da promulgação da Constituição para a União concluir a demarcação das terras indígenas.

Referido trabalho, contudo, ainda não está finalizado. Apesar disso, não se pode dizer que os índios não tenham os seus direitos assegurados, pois **independem de demarcação**.

Podemos afirmar, então, que o art. 67 do ADCT **não** estabeleceu prazo decadencial para a demarcação, tratando-se de **prazo programático**, e **não peremptório**. A regra deve ser entendida como instrumento para se **estimular** a demarcação, até porque, conforme visto, nos termos do art. 231, § 4.º, as *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* são **inalienáveis** e **indisponíveis**, e os *direitos* sobre elas, **imprescritíveis**.

O art. 25 da Lei n. 6.001/73 (*Estatuto do Índio*) estabelece que o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas independerá de sua demarcação e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas.

Nesse sentido, reconheceu o STF: "Terras indígenas — Demarcação. O prazo previsto no artigo 67 do ADCT não é peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável" (MS 24.566, Rel. Min.

Marco Aurélio, j. 22.03.04, *DJ* de 28.05.2004). Ainda, e nesse mesmo sentido:

> "EMENTA: I — Esta Corte possui entendimento no sentido de que o marco temporal previsto no art. 67 do ADCT **não é decadencial**, mas que se trata de um prazo programático para conclusão de demarcações de terras indígenas dentro de um período razoável. Precedentes. II — O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria — Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 — cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes" (RMS 22.212, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03.05.2011, *DJE* de 18.05.2011).

Por fim, destacou o STF que "a importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República — ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade — reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais" (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10.12.96, *DJ* de 14.02.97).

■ 19.10.7.2. Raposa Serra do Sol

O STF analisou a demarcação da Terra Indígena **Raposa Serra do Sol**, situada no Estado de Roraima.

O ponto principal era saber, além de eventuais vícios alegados no processo de demarcação, se a forma escolhida, qual seja, o modelo **contínuo**, apresentava-se adequada, em contraposição à demarcação por "ilhas" (ou tipo "queijo suíço", como caracterizou o Min. Ayres Britto).

Trata-se da Portaria n. 534/2005, do Ministro da Justiça, homologada pelo Decreto Presidencial de 15.04.2005.[84]

O Tribunal, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o pedido, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a **demarcação contínua** da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições (Pet 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19.03.2009, Plenário, *DJE* de 25.09.2009):

- "o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2.º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6.º, da

Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;

- o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;
- o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;
- o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;
- o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, as tradições e os costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;
- o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;
- o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

- a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;
- as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2.º, Constituição Federal, c/c art. 18, *caput*, Lei n. 6.001/1973);
- é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2.º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1.º, Lei n. 6.001/1973);
- as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3.º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n. 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;
- é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;
- os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4.º, CR/88);
- é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento”.

Este precedente, certamente, servirá de paradigma para tantos outros que tramitam na Corte, como o da demarcação da reserva indígena **Caramuru Catarina Paraguaçu**, envolvendo a etnia *Pataxó Hã-hã-hãe* (Bahia — ACO 312 — liminar deferida para a permanência dos índios), assim como as áreas indígenas **Parabure** (Mato Grosso — ACO 304) e **Kaigang** (Rio Grande do Sul — ACO 469) **(matéria pendente de julgamento pelo STF)**.

19.10.8. Defesa judicial dos direitos e interesses dos índios

19.10.8.1. Legitimidade ativa: índios, comunidades, organizações e o MP (Federal ou Estadual)

Estabelece o art. 232 que os **índios**, suas **comunidades** e **organizações** são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, **intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo**.

Relevante a previsão da possibilidade de o *índio* portar em juízo o interesse de toda a comunidade, em verdadeira representação ideológica e proteção de direito comunitário ou coletivo, indisponível e de ordem pública.

Essa ideia, reconhece José Afonso da Silva, "... reconduz à comunidade de direito que existia no seio da gentilidade. 'Os bens da *gens* pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissoluvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade'".[85]

Por fim, no tocante ao **MP**, a referida instituição tanto figurará como interveniente e fiscal da lei e dos interesses dos indígenas como poderá ser legitimada ativa.

Nesse sentido, o art. 129, V, estabelece ser **função institucional do MP** a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, podendo atuar tanto o MP Federal como o Estadual, de acordo com a competência da Justiça Federal ou Estadual.

■ 19.10.8.2. Competência: Justiça Federal x Justiça Estadual

Nos termos do art. 109, XI, aos **juízes federais** compete processar e julgar a **disputa sobre direitos indígenas**.

A grande questão é no sentido de interpretar qual a amplitude da expressão *disputa sobre direitos indígenas*.

A posição do STF é no sentido de estabelecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar os feitos que versem sobre questões ligadas diretamente:

- ■ à cultura indígena;
- ■ aos direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios;
- ■ **a interesses constitucionalmente atribuíveis à União, como as infrações praticadas em detrimento de bens e interesse da União ou de suas autarquias e empresas públicas.**

Nesse sentido, para se caracterizar a competência criminal da Justiça Federal, os crimes devem estar relacionados à disputa sobre direitos indígenas (art. 109, IV e XI).

Na hipótese de crime praticado por índio contra outro índio, mesmo que dentro do aldeamento indígena, e desde que não tenha qualquer relação com *disputa sobre direitos indígenas*, a competência será da **Justiça Estadual**.

Para exemplificar, destacamos o boletim *Notícias do STF* (03.08.2006), que relata os fatos narrados no RE 419.528: "no caso sob análise, a Polícia Civil do Estado do Paraná instaurou inquérito para investigar a prática dos crimes de ameaça, lesão corporal, constrangimento ilegal e/ou tentativa de homicídio atribuídos a três índios contra uma menina de 15 anos, também de origem indígena. Os crimes supostamente ocorreram no trajeto entre o Posto Indígena Queimadas, onde morava a índia e sua família, e Ortigueira,

município no interior do Estado".

No referido julgado, o Min. relator Cezar Peluso abriu divergência (o julgamento foi 6 X 4) e estabeleceu que "... os crimes praticados por e contra silvícolas isoladamente e que não configuram disputa sobre direitos indígenas devem ser julgados pela Justiça comum", afastando-se a competência da Justiça Federal, tudo conforme a ementa:

> "Competência criminal. Conflito. Crime praticado por silvícolas, contra outro índio, no interior de reserva indígena. Disputa sobre direitos indígenas como motivação do delito. Inexistência. Feito da competência da Justiça Comum. Recurso improvido. Votos vencidos. Precedentes. Exame. Inteligência do art. 109, incs. IV e XI, da CF. A competência penal da Justiça Federal, objeto do alcance do disposto no art. 109, XI, da Constituição da República, só se desata quando a acusação for de **genocídio**, ou quando, na ocasião ou motivação de outro delito de que seja índio o agente ou a vítima, tenha havido **disputa sobre direitos indígenas**, não bastando seja aquele imputado a silvícola, nem que este lhe seja vítima e, tampouco, que haja sido praticado dentro de reserva indígena" (RE 419.528, Rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, j. 03.08.2006, *DJ* de 09.03.2007).[86]

19.10.9. Educação nas comunidades indígenas

Nos termos do art. 210, § 2.º, o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às *comunidades indígenas* **também** a *utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem*.

A utilização da expressão "também" confere a ideia de **complementaridade**, ou seja, no tocante às comunidades indígenas, não se pode estabelecer processos de aprendizagem somente na língua portuguesa; em igual medida, está vedada a utilização de processos que utilizem somente as línguas maternas e processos próprios de aprendizagem dos índios.

O ensino tem de ser transmitido por meio de ambos os instrumentos. O acréscimo dos mecanismos próprios indígenas fortalece a ideia de preservação dos costumes, línguas, crenças e tradições dos silvícolas, indispensável em razão da inegável diferença cultural entre o homem civilizado e a comunidade indígena.

Assegura-se, assim, para as comunidades indígenas, uma educação escolar diferenciada, específica, intercultural e bilíngue.

Nos termos do *Dec. n. 26/91*, ficou atribuída ao **Ministério da Educação** a competência para coordenar as ações referentes à educação indígena, em todos os níveis e modalidades de ensino, ouvida a *FUNAI*, sendo referidas ações desenvolvidas pelas Secretarias de Educação dos Estados e Municípios

em consonância com as Secretarias Nacionais de Educação do Ministério da Educação.

Por sua vez, o art. 78 da Lei n. 9.394/96 (*Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*) estabelece caber ao **Sistema de Ensino da União**, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolver programas integrados de ensino e pesquisa para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

- **proporcionar** aos índios, suas comunidades e povos a recuperação de suas memórias históricas, a reafirmação de suas identidades étnicas, a valorização de suas línguas e ciências;
- **garantir** aos índios, suas comunidades e povos o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não indígenas.

Todo esse processo e as conquistas estabelecidas no texto de 1988 contribuíram para assegurar as especificidades culturais das comunidades indígenas, garantindo a preservação das comunidades e a valorização dessa cultura, como se percebe pelo diagnóstico feito pelo *Plano Nacional de Educação*, aprovado pela Lei n. 10.172/2001, e que pedimos vênia para transcrever:

> "No Brasil, desde o século XVI, a oferta de programas de educação escolar às comunidades indígenas esteve pautada pela catequização, civilização e integração forçada dos índios à sociedade nacional. Dos missionários jesuítas aos positivistas do Serviço de Proteção aos Índios, do ensino catequético ao ensino bilíngue, a tônica foi uma só: **negar a diferença**, assimilar os índios, fazer com que eles se transformassem em algo diferente do que eram. Nesse processo, a instituição da escola entre grupos indígenas serviu de instrumento de **imposição de valores alheios e negação de identidades e culturas diferenciadas**. Só em anos recentes esse quadro começou a **mudar**. Grupos organizados da sociedade civil passaram a trabalhar junto com comunidades indígenas, buscando alternativas à submissão desses grupos, como a garantia de seus territórios e formas menos violentas de relacionamento e convivência entre essas populações e outros segmentos da sociedade nacional. A escola entre grupos indígenas ganhou, então, um **novo significado** e um **novo sentido**, como meio para assegurar o acesso a conhecimentos gerais sem precisar negar as especificidades culturais e a identidade daqueles grupos. Diferentes experiências surgiram em várias regiões do Brasil, construindo projetos educacionais específicos à realidade sociocultural e histórica de determinados grupos indígenas, praticando a **interculturalidade** e o **bilinguismo** e adequando-se ao seu **projeto de futuro**" (item III, 9.1, do Anexo da referida lei — original sem grifos).

Essa tendência está adequada aos ditames fixados no art. 215, § 1.º, que delega ao Estado o dever de proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

■ 19.11. QUESTÕES

1. (MPT/2006) Quanto à ordem social, assinale a alternativa INCORRETA:

a) são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições;
b) a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, na forma da lei, propiciando-lhe os bens materiais necessários para uma vida digna;
c) o ensino será ministrado com base, dentre outros, nos princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
d) todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações e, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público, dentre outras atribuições, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
e) não respondida.

Resposta: “b”.

2. (DP SP 2007 FCC) A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que

a) são destinatários dos direitos e garantias fundamentais os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, daí a proibição de extradição de brasileiros natos e naturalizados em qualquer circunstância.
b) o direito fundamental à tutela jurisdicional se confunde com o direito de petição, eis que em ambos os casos exige-se a comprovação de um gravame pessoal ou uma lesão de direitos.
c) a seguridade social deva garantir um salário mínimo de benefício

previdenciário mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência ou tê-la provida.

d) é dever do estado o oferecimento de ensino fundamental e médio obrigatórios e gratuitos a todos e a progressiva universalização do ensino superior.

e) a previdência social se organiza sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, já a assistência social é endereçada a todos os que dela necessitarem independentemente de contribuição à seguridade social.

Resposta: "e". Arts. 201 e 203 da CF/88.

3. (TJ SP 2007) Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público determinadas incumbências. Indique a afirmativa incorreta:

a) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

b) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

c) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

d) obrigar o poluidor a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, desde que comprovada a existência de culpa.

Resposta: "d". Art. 225, § 1.º, da CF/88.

4. (DP SP 2006 FCC) Norma Técnica do Ministério da Saúde para Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes prevê a possibilidade da contracepção de emergência. Referida norma é

a) constitucional, considerando que no sistema federativo brasileiro compete privativamente à união legislar sobre a saúde da mulher.

b) constitucional, já que no âmbito da competência concorrente para legislar sobre o direito à saúde a união editou, através da norma técnica, apenas normas gerais.

c) inconstitucional, já que a constituição federal de 1988 não tratou dos direitos sexuais e reprodutivos.

d) inconstitucional, uma vez que na federação brasileira somente o município poderia tratar da matéria.

e) constitucional, uma vez que torna eficaz o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e permite o exercício do direito constitucional

do planejamento familiar.

Resposta: “e”.

5. (MPU 2007 FCC) Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Com relação ao meio ambiente é correta a afirmação:

a) As usinas que operem com reatores nucleares deverão ter sua localização definida em lei estadual ou municipal, podendo ocorrer uma pré-instalação.
b) A Mata Atlântica e o Pantanal Mato-Grossense não são considerados patrimônio nacional pela Constituição Federal brasileira.
c) As condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores à sanção penal, que será dependente da obrigação de reparar os danos causados.
d) São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.
e) A Serra do Mar e a Zona Costeira não são consideradas patrimônio nacional pela Constituição Federal brasileira.

Resposta: “d”.

6. (AGU-Proc. Federal 2007 CESPE UnB)

A demarcação de terras indígenas tem, entre outras, a função de criar uma nova delimitação espacial da titularidade indígena, tendo características de ato constitutivo.

Resposta: “errado”.

7. (AGU-Proc. Federal 2007 CESPE UnB)

Caso uma comissão parlamentar de inquérito com funcionamento em Brasília intime um indígena, que mora no estado de Mato Grosso, a prestar depoimento na condição de testemunha, no DF, haverá violação às normas constitucionais que conferem proteção específica aos povos indígenas, uma vez que a intimação do indígena configuraria, em tese, constrangimento à sua liberdade de locomoção, por ser vedada pela CF a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nas hipóteses constitucionalmente elencadas.

Resposta: “certo”.

8. (AGU-Proc. Federal 2007 CESPE UnB)

A CF, ao assegurar aos índios direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, foi coerente com a tradição do direito indigenista que consagrou o indigenato, ou seja, o instituto jurídico por meio do qual se reconhece, no Brasil, o direito dos índios sobre as terras que ocupam,

independentemente de título aquisitivo, nos mesmos moldes do sistema romanístico da posse e da propriedade, previsto pela legislação civil.

Resposta: "errado".

9. (PGE DF 2007 ESAF) No atinente à ordem social, à seguridade social, à saúde, à previdência e à assistência social, à educação e ao meio ambiente, assinale a opção correta.

a) O constituinte originário dedicou especial proteção a certos ecossistemas, como a Mata Atlântica e o Pantanal Mato-Grossense, motivo pelo qual impediu que fossem objeto de exploração econômica.
b) Sempre que algum órgão federal, aí incluído o Ministério Público Federal, detectar malversação ou apropriação ilícita de fundos do Sistema Único de Saúde, a competência para julgar o ilícito será da Justiça Federal, uma vez que o financiamento desse sistema compete, por completo, à União.
c) As normas constitucionais pertinentes à proteção do ambiente têm caráter eminentemente negativo, no sentido de que impõem proibições à ação estatal.
d) Considere a seguinte situação hipotética. A Câmara Legislativa aprovou projeto de lei segundo o qual seria prescindível realizar estudo prévio de impacto ambiental para determinados empreendimentos industriais a serem implantados em áreas de cerrado do DF. Recebido o projeto pelo governador para sanção, caberia à PRG-DF recomendar-lhe o veto, pois o ente federado não pode aprovar normas desse teor, ainda que com base em sua autonomia legislativa.
e) Por força do direito fundamental, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a associar-se ou a permanecer associado, a adesão ao plano estatal de previdência oficial é eminentemente voluntária.

Resposta: "d".

10. (PGE RR 2006 FCC) Dentre os princípios constitucionais da seguridade social encontra-se o princípio:

a) da proporcionalidade do valor dos benefícios.
b) da individualidade da cobertura e do atendimento.
c) do caráter contributivo dos benefícios, serviços e cobertura.
d) do caráter democrático e descentralizado, mediante gestão tripartite nos órgãos colegiados.
e) da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Resposta: "e". Art. 194, parágrafo único, III, da CF/88.

11. (TJ MG 2007-EJEF) O dever do Estado com a educação será efetivado mediante garantia:

a) do atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

b) da aplicação, anualmente, pela União, de, no mínimo, quinze, e pelos Estados, de vinte por cento da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.
c) da oferta de ensino diurno regular, adequado às condições do educando.
d) da progressiva universalização do ensino médio gratuito.

Resposta: "d". Art. 208, II, da CF/88.

12. (TJ SP 2007) Assinale a alternativa incorreta.

a) O direito à proteção, à vida e à saúde se dá mediante a efetivação de políticas sociais que permitam o nascimento e o desenvolvimento, em condições dignas de existência.
b) O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros.
c) A colocação da criança ou adolescente em família substituta estrangeira far-se-á nas modalidades de tutela e adoção.
d) A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Resposta: "c".

13. (Acadepol 2007 PR) Quanto à proteção constitucional da família, da criança, do adolescente e do idoso, assinale a alternativa correta.

a) Aos maiores de 60 (sessenta) anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.
b) Entende-se como entidade familiar, para fins de proteção do Estado, a comunidade formada pela mãe solteira que adota um filho.
c) A idade mínima para admissão ao trabalho é de doze anos completos para a condição de aprendiz e de catorze anos completos para o trabalho normal, exceto trabalho noturno, insalubre ou perigoso, cuja idade mínima é de 18 anos.
d) Como medida preventiva ao tráfico ilícito de menores, é vedada a adoção de criança brasileira por estrangeiros domiciliados no exterior.
e) São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos.

Resposta: "b". Art. 226, § 4.º, da CF/88.

14. (Acadepol 2007 PR) De acordo com a redação do artigo 193 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a ordem social tem como base:

a) a defesa da propriedade privada, da livre-concorrência e do consumidor, e como objetivo a preservação do meio ambiente sadio e equilibrado.
b) a defesa do consumidor, e como objetivo a preservação do meio ambiente sadio e equilibrado.
c) a defesa dos direitos e garantias individuais do cidadão, e como objetivo a

preservação ambiental.
d) a propriedade privada e a livre-concorrência, e como objetivo a defesa do consumidor.
e) o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Resposta: “e”. Art. 193 da CF/88.

15. (TJ-MG/EJEF/2008) A Constituição da República dedica um capítulo especial à família, à criança, ao adolescente e ao idoso e especifica normas de aplicabilidade imediata e outras dirigidas ao legislador ordinário.

a) A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, vedada sua efetivação por estrangeiro.
b) Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
c) Os idosos, mesmo após 65 anos de idade, não têm direito à gratuidade nos transportes coletivos urbanos.
d) O planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é disciplinado somente pelo Estado, vedada a livre decisão do casal.

Resposta: “b”. Art. 229 da CF/88.

16. (Magistratura-RR/FCC/2008) Sobre a aplicação de recursos públicos na educação, estabelece a Constituição da República que:

a) União, Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarão, anualmente, nunca menos de 25% da receita resultante de impostos na manutenção e no desenvolvimento do ensino.
b) a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios será considerada receita do governo federal, para efeito do cálculo do mínimo constitucional de destinação de recursos para a educação.
c) as cotas estaduais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica na respectiva rede de ensino.
d) os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, sendo vedada, contudo, sua destinação a bolsas de estudos.
e) a distribuição de recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional da educação, a ser definido por Decreto do Presidente da República, de duração trienal.

Resposta: “c”. Art. 212, § 6.º, da CF/88.

17. (MPE/PE/FCC/2008) Tendo em vista os aspectos constitucionais relativos à necessidade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é correto afirmar que

a) a Serra do Mar Paulista, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira de Pernambuco, entre outras, são patrimônios estaduais e sua utilização far-se-á livremente, na forma da lei dos respectivos Estados.
b) as usinas que operem com reator nuclear devem ter sua localização definida em lei do município, por ser este o titular exclusivo do interesse local, sem o que não poderá ser instalada.
c) a edição de uma lei estadual, a exemplo daquela que autorize ou regulamente a realização de "briga de galo", é considerada inconstitucional, em razão das regras norteadoras do meio ambiente.
d) as terras devolutas ou as arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, são disponíveis e dispensam sua desafetação pelo Poder Público em geral.
e) incumbe ao Poder Público federal, com exclusividade, preservar e restaurar processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas.

Resposta: "c". Confira parte teórica.

18. (MPE/PR/2008) Analise as seguintes assertivas e assinale a alternativa correta:

I. a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial;
II. a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social;
III. a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho;
IV. o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais;
V. o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

a) todas as assertivas estão corretas;
b) apenas a assertiva I está incorreta;
c) apenas a assertiva II está incorreta;
d) apenas a assertiva III está incorreta;
e) apenas as assertivas IV e V estão incorretas.

Resposta: "a".

19. (TRT 8.ª Reg. 2008) Sobre a ordem social, no tocante aos índios,

assinale a alternativa CORRETA:

a) Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, inclusive na condição de assistente litisconsorcial, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.
b) São nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação das terras indígenas, não gerando essa nulidade nenhum direito de indenização ou ação contra a União.
c) Lei complementar poderá disciplinar organização de atividade garimpeira em cooperativa, que tem prioridade na concessão de pesquisa e lavra, garantindo-se essa atividade inclusive em terras indígenas, desde que com autorização do Congresso Nacional, assegurando-se aos índios participação nos resultados da lavra.
d) As terras indígenas destinam-se a posse permanente dos índios, cabendo-lhes o usufruto, concorrente com a União, das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
e) É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, no interesse da soberania do País, garantido o retorno imediato logo cesse a causa.

Resposta: "a". Art. 232 da CF/88.

20. (AGU — CESPE/UnB 2010) No que se refere aos direitos e deveres das populações indígenas, julgue o item abaixo:

No processo de demarcação de terra indígena situada em região de fronteira, o STF considera dispensável a manifestação do Conselho de Defesa Nacional no processo homologatório.

Resposta: "certo".

21. (Oficial de Defensoria Pública do Estado de SP/FCC/2010) A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica e a Serra do Mar são consideradas, conforme norma expressa da Constituição Federal:

a) bens de propriedade dos Estados onde se situem, que disciplinarão a utilização dos recursos naturais.
b) bens de propriedade dos municípios onde se situem, vedada sua utilização por terceiros.
c) patrimônio do ente público responsável pela sua gestão, utilização e preservação.
d) patrimônio nacional, vedada, portanto, sua utilização pelos cidadãos.
e) patrimônio nacional, passíveis de serem utilizados de forma sustentável.

Resposta: "e".

22. (87.º concurso MP/SP) O financiamento do sistema único de saúde é feito com recursos dos orçamentos:

a) da Seguridade Social e da União.
b) dos Estados, do Distrito Federal e da União.
c) dos Estados, dos Municípios, e da União.
d) dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
e) da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Resposta: "e".

23. (Procurador do Estado/MT — FCC/2011) Em capítulo dedicado à comunicação social, a Constituição da República veda:

a) a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.
b) que haja o cancelamento da concessão ou permissão para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, antes de vencido o prazo.
c) alterações de controle societário nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, sem o prévio consentimento do Congresso Nacional.
d) que se atribuam a gestão das atividades e o estabelecimento do conteúdo da programação de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens a quem não seja brasileiro nato ou naturalizado há mais de dez anos.
e) a publicação de veículo impresso de comunicação sem a prévia licença de autoridade competente, nos termos da lei.

Resposta: "d", nos termos do art. 222, § 1.º, CF/88.

24. (Magistratura/PB — CESPE/UnB/2011) Relativamente à ordem social e aos direitos e garantias fundamentais, assinale a opção correta:

a) O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, desde que homologada a separação judicial do casal por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.
b) A CF consagrou o princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, devendo, cessado o risco, os índios retornar, de imediato, às suas terras.
c) A jurisprudência do STF reconhece que os estrangeiros, mesmo os não residentes no país, são destinatários dos direitos fundamentais consagrados pela CF, sem distinção de qualquer espécie em relação aos brasileiros. No mesmo sentido, as pessoas jurídicas são destinatárias dos direitos e garantias elencados na CF, na mesma proporção das pessoas físicas.
d) São legitimados para impetrar mandado de segurança a pessoa física,

nacional ou estrangeira, e a pessoa jurídica privada, mas não a pública, visto o mandado de segurança ter como função garantir direito líquido e certo contra ato de autoridade pública.

e) A floresta amazônica brasileira, a mata atlântica, a serra do Mar, o pantanal mato-grossense e a zona costeira são considerados patrimônio nacional pela CF, razão pela qual é vedada a utilização dos recursos naturais existentes nessas áreas, ainda que sujeitas ao domínio privado.

Resposta: "b", nos termos do art. 231, § 5.º, CF/88.

25. (Analista Ambiental — MMA — CESPE/UnB/2011) Com relação à educação ambiental, julgue o item a seguir.

A Constituição Federal de 1988, apesar de reconhecida por parte significativa da doutrina como avançada no campo dos direitos relacionados ao meio ambiente, não trata expressamente da educação ambiental.

Resposta: "errado", por violar a literalidade do art. 225, § 1.º, VI, CF/88.

26. (Promotor de Justiça/MS — MPE-MS/2011) Segundo a Constituição Federal, a ordem social tem como objetivo:

a) a dignidade da pessoa humana;
b) a prevalência dos direitos humanos;
c) o bem-estar e a justiça sociais;
d) a consecução do princípio da isonomia;
e) os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

Resposta: "c", nos termos do art. 193, CF/88.

27. (Titular de Serviços de Notas e de Registros — TJ-CE — IESES/2011) NÃO figura entre os objetivos organizacionais da seguridade social previstos na Constituição da República:

a) Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.
b) Universalidade da cobertura e do atendimento.
c) Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.
d) Unidade da base de financiamento.

Resposta: "d", nos termos do art. 194, CF/88.

[1] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed., p. 758.

[2] José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 29. ed., p. 828.

[3] Sugerimos aos candidatos o aprofundamento das regras sobre saúde, previdência e assistência social nos livros de Direito Previdenciário.

[4] Pedindo licença ao meu ilustre leitor, aqui eu costumo brincar com os meus

queridos alunos concurseiros: "*pau que nasce torto nunca se endireita...*".

[5] Assim, muito cuidado para aqueles que vão fazer concurso para PFN.

[6] A última esperança estava na **ADI 4.071**, proposta pelo PSDB, que, além da questão de mérito, pedia a modulação dos efeitos. Contudo, em **10.10.2008**, o Min. Menezes Direito **extinguiu** a ação, justificando que a matéria já havia sido inteiramente julgada pelo Plenário do STF nos referidos mandados de segurança (*REs ns. 377.457 e 381.964*).

[7] As idades indicadas no quadro estão nos termos da **Lei n. 11.274, de 06.02.2006**, que, ao modificar o art. 32 da Lei n. 9.394/96, determinou a ampliação da duração do ensino fundamental obrigatório para **9 anos**, gratuito na escola pública e iniciando aos 6 anos de idade. Contudo, conforme o art. 5.º da Lei n. 11.274/2006, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal teriam até **2010** para implementar a obrigatoriedade da duração de 9 anos para o ensino fundamental e a abrangência da pré-escola. Nesse sentido, até 2010 as idades indicadas poderiam variar de 0-3 anos (creche); 4-6 anos (pré-escola); 7-14 anos (ensino fundamental) e 15-17 anos (ensino médio).

[8]Cf. Assessoria de Comunicação Social do MEC, *Notícias* 07.12.2006, disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb>.

[9] Cf. Assessoria de Comunicação Social do MEC, idem.

[10] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 802.

[11] Remontando à frase do poeta romano *Juvenal* (com o novo significado que tomou ao longo do tempo), amigo concurseiro, ***"mens sana in corpore sano"*** (mente sã em corpo são). Continue na luta, mas na luta estratégica, e tentando não perder a qualidade de vida, direito fundamental previsto na CF/88 (sei que é difícil, mas conte comigo! ***Carpe Diem*** — *desfrute o momento*, procure encontrar prazer nessa fase de preparação, pois ela passará e tudo vai dar certo!).

[12]Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr., *Curso de direito constitucional*, 10. ed., p. 493.

[13] Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *Novo Aurélio século XXI:* o dicionário da língua portuguesa, p. 1238.

[14] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed., p. 817.

[15] Cf. TST-RR-643.344/2000, *DJ* de 12.09.2003, 3.ª Turma, Min. Relator Carlos Alberto Reis de Paula; TST-AIRR-738.470/2001, *DJ* de 06.09.2001, 3.ª Turma, Min. Relator Carlos Alberto Reis de Paula; TST-AIRR-1562/1998-065-01-40.8, *DJ* de 11.10.2007, 2.ª Turma, Min. Relator Renato de Lacerda Paiva; AIRR-

448/2002-011-09-40, *DJ* de 07.12.2007, Min. Barros Levenhagen.

[16] Cf. Leis n. 8.248/91, 8.387/91, 9.257/96, 8.661/93 e 10.637/2002; Decreto n. 6.262/2007 etc.

[17] Cf. interessante julgado do STF: "Dispositivo da Constituição estadual que, ao destinar 2% da receita tributária do Estado de Mato Grosso à mencionada entidade de fomento científico, o fez nos limites do art. 218, § 5.º, da Carta da República, o que evidencia a improcedência da ação nesse ponto" (ADI 550, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29.08.2002, *DJ* de 18.10.2002).

[18] ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Britto, j. 28 e 29.05.2008, *Inf. 508/STF*.

[19] "Não se compreende, no rol de competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *ut* art. 23 da CF, a matéria concernente à disciplina de 'diversões e espetáculos públicos', que, a teor do art. 220, § 3.º, I, do Diploma Maior, compete à **lei federal** regular, estipulando-se, na mesma norma, que 'caberá ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada'. (...) Ao **Município** fica reservada a competência, *ut* art. 30, I, da Lei Maior, para exercer **poder de polícia** quanto às diversões públicas, no que concerne à localização e autorização de funcionamento de estabelecimentos que se destinem a esse fim" (RE 169.247, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 08.04.2002, *DJ* de 1.º.08.2003).

[20] "Constitucional. Lei federal. Restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, etc. Impugnação do dispositivo que define o que é bebida alcoólica para os fins de propaganda. Alegada discriminação legal quanto às bebidas com teor alcoólico inferior a treze graus *Gay Lussac*. A subtração da norma do corpo da lei implica em atuar este Tribunal como legislador positivo, o que lhe é vedado. Matéria para ser dirimida no âmbito do Congresso Nacional" (ADI 1.755, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 15.10.1998, *DJ* de 18.05.2001).

[21] Cf. **Parecer CCJ n. 242/02**, *DSF* de 11.04.2002, p. 4066-99. Na votação em primeiro turno, o então Senador José Fogaça, autor da referida Emenda de Redação n. 3, destacou: "... no que tange ao capital social da empresa, há uma necessidade de respeitar os 70% para o capital de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, assegurando que este mínimo seja absoluta e rigorosamente respeitado" (*DSF* de 09.05.2002, p. 7594).

[22] Nos termos do art. 211 da Lei n. 9.472/97, a outorga dos serviços de *radiodifusão sonora e de sons e imagens* fica **excluída da jurisdição da ANATEL**, permanecendo no âmbito de competências do **Poder Executivo**, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais,

considerando, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.

[23] O serviço de **TV a Cabo** tem regramento próprio nos termos da Lei n. 8.977/95.

[24]*Sistema Brasileiro de* ***Televisão Digital*** *Terrestre* — conjunto de padrões tecnológicos a serem adotados para transmissão e recepção de sinais digitais terrestres de radiodifusão de sons e imagens.

[25] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed., p. 830-831.

[26]Conforme se verifica no *site* do **Ministério das Comunicações** (<http://www.mc.gov.br>, no ícone *radiodifusão — perguntas frequentes*), no tocante à radiodifusão **comercial**, "há 2 modos de conceder a outorga de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (televisão): permissão e concessão. A **permissão** é utilizada para a outorga de serviço de radiodifusão de caráter local e é assinada pelo Ministro das Comunicações. Já a **concessão** é utilizada para a outorga de serviços de caráter regional e é de responsabilidade do Presidente da República". Como muito bem anotam Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky, "... nossa melhor doutrina tem entendido que as diferenças entre permissões e concessões não mais existiriam na medida em que ao prever expressamente prazos para as permissões a Constituição retirou-lhes o caráter de precariedade que lhes é característico". Essa impressão, continuam, é reforçada pelo art. 175, parágrafo único, que estabelece o caráter especial das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, precedido, acrescente-se, sempre de licitação (*Curso de direito constitucional*, p. 265-266).

[27] Cf. **ADI 3.944**, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.08.2010, *DJE* de 30.09.2010.

[28] Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de direito constitucional*, p. 1316-1317.

[29] Cf. Ramón Martín Mateo, *Derecho ambiental*, p. 71.

[30] José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*, p. 2.

[31] Guido F. S. Soares, *As responsabilidades no direito internacional do meio ambiente* — tese para professor titular de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da USP, p. 35.

[32] Cf. importante trabalho de A. A. Cançado Trindade, Meio ambiente e desenvolvimento: formulação, natureza jurídica e implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, p. 49-76. Sobre essa problemática, cf., ainda, A. A. Cançado Trindade, A. Kiss, Two major challenges of our time: human rights and

the environment, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 81/83, p. 147-150, e D. McGoldrick, Sustainable development and human rights: an integrated conception, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 45, p. 796-818, out. 1996.

[33] Sobre esta ideia cf. J. A. C. Salcedo, El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana, *Revista Española de Derecho Internacional*, p. 119-125.

[34] Surge, então, a construção do **princípio do desenvolvimento sustentável**, consagrado inclusive internacionalmente, destacando-se, dentre outros diplomas, as declarações de *Estocolmo* (princípios 8.º e 18) e do *Rio de Janeiro* (princípios 3.º e 4.º). Cf., ainda, **ADI 3.540-MC**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.09.2005, *DJ* de 03.02.2006.

[35] E. Milaré, Tutela jurisdicional do meio ambiente, *RT* 676/49-50. Nesse mesmo sentido, afirma Francisco José Marques Sampaio: "Verificam-se, nas diversas áreas de atuação e expansão do conhecimento, esforços redobrados no sentido de se desenvolverem novos métodos de compatibilizar as necessidades e atividades humanas com a manutenção do equilíbrio ecológico, a conservação da natureza e a preservação da saúde das populações. No campo das ciências químicas, físicas e biológicas é notório o esforço empreendido por cientistas de muitos países para lograr êxito na árdua tarefa de inventar tecnologias capazes de alterar os sistemas produtivos, de modo que se tornem menos agressivos ao meio ambiente e capazes de contribuir para a verdadeira criação do chamado desenvolvimento econômico autossustentado, o ecodesenvolvimento" (O dano ambiental e a responsabilidade, *RDA* 185/41).

[36] E. Milaré, *Direito do ambiente*, p. 211.

[37] "Art. 172. A lei regulará, mediante prévio levantamento **ecológico**, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo."

[38] Sérgio Ferraz, Responsabilidade civil por dano ecológico, *RDP* 49-50/35.

[39]Cristiane Derani, *Direito ambiental econômico*, p. 267-268.

[40]Conforme estabeleceu o STF, "... somente a **alteração** e a **supressão** do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1.º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao **princípio da reserva legal**. É lícito ao **Poder Público** — qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios)

— **autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos**, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1.º, III)" (cf. **ADI 3.540-MC**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.09.2005, *DJ* de 03.02.2006).

[41]**CONAMA** — Conselho Nacional do Meio Ambiente, é um órgão colegiado de caráter normativo, deliberativo e consultivo do Ministério do Meio Ambiente e foi instituído pela Lei n. 6.938/81, regulamentada pelo Decreto n. 99.274/90 e integra a estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente — SISNAMA (cf. <http://www.mma.gov.br/port/conama/index.cfm>).

[42] "Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 182, § 3.º, da Constituição do Estado de Santa Catarina. Estudo de impacto ambiental. Contrariedade ao artigo 225, § 1.º, IV, da Carta da República. A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1.º do artigo 225 da Constituição Federal" (ADI 1.086, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07.06.2001, *DJ* de 10.08.2001).

[43] Em igual sentido, cf. **ADI 1.856**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.05.2011, Plenário, *DJE* de 14.10.2011; **ADI 2.514**, j. 29.06.2005, *DJ* de 09.12.2005; **ADI 1.856**, j. 03.09.98, *DJ* de 22.09.2000.

[44] Breve nota apresentada, conforme parecer do Deputado Federal Antônio Carlos Biffi, ao PL n. 7.291/2006, em 20.12.2007, na Comissão de Educação e Cultura (CEC) da Câmara dos Deputados.

[45] PL n. 7.291/2006, em 20.12.2007, apresentado na Comissão de Educação e Cultura (CEC) da Câmara dos Deputados.

[46] Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS) — Parecer do Relator, 15.12.2006.

[47] Paulo A. L. Machado, *Direito ambiental brasileiro*, 6. ed., p. 41-42.

[48] Sobre o tema da **responsabilidade penal**, cf. Luiz Regis Prado, *Crimes contra o ambiente*, passim, e *Direito penal ambiental:* problemas fundamentais, passim. Ainda nesse contexto, cf. Ivette Senise Ferreira, *Tutela penal do patrimônio cultural*, passim.

[49]Sobre a **responsabilização penal da pessoa jurídica**, ainda está pendente de

julgamento pelo STF a sua possibilidade, nos termos do art. 225, § 3.º, da CF/88 (cf. **RE 473.045**). Em outro julgado, conforme anotou o Min. Lewandowski, "na atual configuração constitucional, é possível, em tese, a responsabilização penal da pessoa jurídica, segundo o sistema da dupla imputação e em bases epistemologicamente diversas das utilizadas tradicionalmente, sendo competência do Juízo de instrução regular a análise de cada caso concreto" (**HC 88.544**, *Notícias STF,* 03.05.2006 — obs.: o referido HC não foi apreciado pelo STF, pois o Ministro relator declinou a competência para o TJ local, tendo em vista o novo posicionamento fixado pelo STF no julgamento do HC 86.834, que entendeu por superada a S. 690/STF — *Inf. 437/STF*).

[50] De acordo com a **Lei n. 9.605/98**: "**Art. 21**. As **penas** aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às **pessoas jurídicas**, de acordo com o disposto no art. 3.º, são: I — multa; II — restritivas de direitos; III — prestação de serviços à comunidade". "**Art. 22**. As penas restritivas de direitos da **pessoa jurídica** são: I — suspensão parcial ou total de atividades; II — interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III — proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações."

[51] "Art. 14, § 1.º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente."

[52] Nesse sentido, cf. o nosso *Teoria geral da ação civil pública*, 2. ed., p. 353 e s.

[53] RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.06.95, *DJ* de 22.09.1995 (*RTJ* 158/205). Cf., ainda, RE 267.817, *RTJ* 184/322; RE 471.110-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.11.2006, *DJ* de 07.12.2006; RE 300.244, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.11.2001, *DJ* de 19.12.2001, e RE 349.184, *DJ* de 07.03.2003.

[54] Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 30. ed., p. 531.

[55] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed., p. 850.

[56] "A Lei n. 8.560/92 expressamente assegurou ao *Parquet,* desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de **investigação de paternidade**, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da **indisponibilidade** legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação.

Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai" (**RE 248.869**, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07.08.2003, *DJ* de 12.03.2004).

[57] A **Lei n. 8.971/94** citava o termo **companheiros**; a **Lei n. 9.278/96** disciplinava a situação dos **conviventes**. O **Novo Código Civil** (Lei n. 10.406/2002, que para parte da doutrina revogou as outras duas leis — cf. Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, v. VI, p. 536) abriu um título próprio para a união estável, tratando dos **companheiros** e reconhecendo, nos termos do art. 1.723, *caput*, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

[58] "Art. 226, § 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

[59] "Art. 227, § 6.º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

[60] Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, v. VI, p. 539-540.

[61] Maria Berenice Dias, *União homossexual*: o preconceito e a justiça, p. 97.

[62]**Art. 1.723, CC:** "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

[63] Disponível em: <http://www.who.int/classifications/icd/en/GRNBOOK.pdf>.

[64] Para a íntegra da decisão da Ministra Ellen Gracie, cf. *Notícias STF*, 12.12.2007, 09h30.

[65] O art. 107, VII, do CP foi **revogado** pela **Lei n. 11.106/2005**. Cf. a "*Nova Lei do Estupro*" — **Lei n. 12.015/2009**, que passou a denominar "**estupro de vulnerável**" (art. 217-A, CP) a hipótese em que a **vítima é menor de 14 anos**, lembrando, também, que a lei estabeleceu como novo regime de apuração do crime de estupro a ação penal pública (condicionada ou incondicionada), situação que não admite a *renúncia* ou *perdão tácitos*, exclusivos da ação privada. Portanto, o exemplo trazido serve para mostrar o posicionamento do Estado em relação às relações familiares.

[66] Agradecemos o envio do Acórdão pelo Dr. Yure Ubaldino Rocha Soares.

Para conhecer o parecer favorável do MP, cf. José Edivaldo Rocha Rotondano, O Ministério Público entende que casamento em centro espírita pode ter efeitos civis. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 914, 3 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=666>. Acesso em: 08.02.2008.

[67] Adotada pela Res. L. 44 (XLIV) da *Assembleia Geral das Nações Unidas* em 20.11.89, aprovada pelo DL n. 28, de 14.09.90, e promulgada pelo Dec. n. 99.710, de 21.11.90, tendo sido ratificada pelo Brasil em 24.09.90.

[68] O Estatuto estabelece, ainda, que existirão casos **expressos** em lei, disciplinando a aplicação, excepcional, do Estatuto às pessoas entre 18 e 21 anos de idade. Nesse sentido: "Mas, a questão que ora se enfrenta diz respeito ao efeito da superveniência da maioridade penal do socioeducando no curso da medida socioeducativa que lhe foi imposta. É evidente que a aplicação do ECA estará sempre dependente da idade do agente no momento do fato (art. 104, parágrafo único). Contudo, afirmar que, atingindo a maioridade, a medida deve ser extinta é fazer 'tábula rasa' do Estatuto. Isso porque esta seria inócua para aqueles que cometeram atos infracionais com mais de dezessete anos. Com efeito, no limite, adotada a tese de defesa, poder-se-ia admitir medidas socioeducativas com duração de apenas um dia, hipótese, *data venia*, incompatível com os seus objetivos. (...) A manutenção do infrator, maior de dezoito e menor de vinte e um anos, sob o regime do ECA, em situações excepcionais, taxativamente enumeradas, longe de afigurar-se ilegal, tem como escopo, exatamente, protegê-lo dos rigores das sanções de natureza penal, tendo em conta a sua inimputabilidade, e reintroduzi-lo paulatinamente na vida da comunidade. O Juízo da Infância e Juventude, no caso sob exame, agiu corretamente ao determinar a progressão de regime do paciente, mantendo-o, todavia, nessa situação de semiliberdade, ainda que completados os dezoito anos, em atenção ao que dispõe o art. 121 do ECA, bem assim aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que regem o instituto da internação" (**HC 90.129**, Min. Ricardo Lewandowski, j. 10.04.2007, *DJ* de 18.05.2007).

[69] Nesse sentido, cf. **REsp 196.406**, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 09.03.1999.

[70] Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 22. ed., p. 821.

[71] Nesse sentido, ver René Ariel Dotti, *Curso de direito penal*: parte geral, p. 412-413, e José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed., p. 862-863.

[72] M. G. Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 32. ed., p. 373.

[73] Especialmente para as provas de MP, cf. interessante *Cartilha do Idoso*. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/Cartilha_Idoso>.

[74] G. F. Mendes, I. M. Coelho, P. G. G. Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 1308.

[75] Cf. os seguintes arts.: 20, XI; 22, XIV; 49, XVI; 109, XI; 129, V; 176, § 1.º; 210, § 2.º; 215, § 1.º; 231; 232 e 67 do ADCT.

[76] O art. 3.º, I, do *Estatuto do Índio* (Lei n. 6.001, de 19.12.1973) considera as expressões **índio** ou **silvícola** sinônimas, definindo-os como "... todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um **grupo étnico** cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional". Por sua vez, nos termos do art. 3.º, II, **comunidade indígena** ou **grupo tribal** caracteriza-se como "... um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados".

[77] O art. **68 do ADCT** estabelece que aos **remanescentes das comunidades dos quilombos** que estejam ocupando suas terras é reconhecida a **propriedade definitiva**, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. A regulamentação do procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos está prevista no **Decreto n. 4.887/2003** e que está sendo discutido no STF na **ADI 3.239** e afeta cerca de 3.000 comunidades (**matéria pendente**).

[78]Site da PGR: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/apresentacao/apresentacao_txt>. Acesso em: 16.01.2008.

[79] Daniel Sarmento, *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*, parecer de 09.10.2006, disponível em: <http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/AGarantiadoDireitoaPosse_Danie

[80] Cf. Lei n. 5.371/67 e Dec. n. 4.645/2003.

[81] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed., p. 868.

[82] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed., p. 869.

[83] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, p. 870.

[84] Nos termos do art. 1.º do referido Decreto Presidencial, "fica homologada a demarcação administrativa, promovida pela Fundação Nacional do Índio — FUNAI, da Terra Indígena **Raposa Serra do Sol**, destinada à posse permanente

dos Grupos Indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana, nos termos da Portaria n. 534, de 13 de abril de 2005, do Ministério da Justiça".

[85] José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed., p. 870.

[86] Original sem grifos. Nesse sentido, cf., ainda: HC 91.121, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.11.2007, *Inf. 487/STF*; RE 263.010, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13.06.2000, *DJ* de 10.11.2000; RHC 85.737, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12.12.2006, *DJ* de 30.11.2007.

20

ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

20.1. PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

20.1.1. Evolução do Estado e a Ordem Econômica

Partindo da ideia de Estado de Direito, podemos identificar, segundo a doutrina, uma tríplice vertente: **liberal**, **social** e **pós-social**.

No **Estado Liberal** percebe-se uma evidenciação do **indivíduo**, delineando-se um Estado não intervencionista, dentro da perspectiva de "intervenção mínima".

De acordo com Dallari, "o Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica porque já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado Liberal. Ao mesmo tempo, a burguesia enriquecida, que já dispunha do poder econômico, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural do indivíduo". [1]

Diante das novas necessidades sociais, surge a teorização do **Estado Social**, evidenciando-se o grupo e colocando a questão social como preocupação principal do Estado.

Norberto Bobbio assevera que a proteção dos **direitos sociais** requer uma atuação estatal, de forma ativa, diferente da solicitada (ou não solicitada) durante o Estado Liberal, produzindo tal organização dos serviços públicos, que teria sido a responsável pelo surgimento do próprio Estado Social. [2]

Uma das várias lições que podem ser extraídas da obra de Wilensky, e talvez a mais adequada ao tema aqui desenvolvido, consiste na verificação de que a **assistência** prestada pelo **Estado do bem-estar** (*Welfare State*), ou **Estado assistencial**, não é oferecida como caridade, mas sim como um **direito político**. [3]

Finalmente, o **Estado Pós-Social** (seguindo a classificação proposta por Campilongo), cujos atores sociais evidenciados são os novos movimentos sociais, sem, contudo, é claro, como pondera o autor, "... eliminar os problemas interindividuais nem ignorar a relevância da conflituosidade de classes...". [4]

Partindo-se dessa brevíssima evolução, em um primeiro momento, pode-se afirmar que os institutos clássicos do **direito de propriedade** e a **autonomia da vontade privada** eram **suficientes** para **regulamentar a atividade econômica**, até porque o capitalismo primitivo pregava a **autorregulação**, sem qualquer interferência do Estado na economia.

A partir do século XX, contudo, a situação começa a ser repensada,

21

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

■ 21.1. JUSTIFICATIVAS INICIAIS

Conforme se observa, os **princípios fundamentais** encontram-se no início da Constituição, mais precisamente no *Título I*, arts. 1.º ao 4.º.

Observa-se, curiosamente, que, no presente estudo, o tema está alocado ao final.

Qual o motivo?

Pelo menos, nesse primeiro momento, entendemos que, para o livro, o tema significa o fechamento de tudo o que se falou.

Em outras palavras, poderíamos até imaginar que os princípios fundamentais seriam o roteiro de estudo de todo o Direito Constitucional.

Como se verá, todos os temas já foram direta ou indiretamente tratados ao longo deste trabalho, com exceção do art. 4.º, que define os *princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais* e que deverão ser aprofundados nos livros de *direito internacional*.

Se por um lado a palavra "princípio", que vem do termo latino *principium*, *principii*, traz ínsita a ideia de **começo, origem, base, ponto de partida**, podemos imaginar, também, que os *princípios fundamentais* significam, também, o **ponto de chegada** em interessante ciclo que se fecha.

Passemos a tratar de cada um dos artigos.

- **art. 1.º, *caput*:** estabelece que a *República Federativa* do Brasil, formada pela *união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal*, constitui-se em *Estado Democrático de Direito*;
- **art. 1.º, parágrafo único:** trata da *democracia semidireta* ou *participativa*;
- **art. 2.º:** estatui a *separação de "Poderes"*;
- **art. 1.º, I a V:** define os *fundamentos* da República Federativa do Brasil;
- **art. 3.º:** trata dos *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil;
- **art. 4.º:** estatui os *princípios* que regem a República Federativa do Brasil em suas *relações internacionais*.

■ 21.2. REPÚBLICA

Conforme já estudamos, em 15 de novembro de 1889, a República era proclamada pelo Marechal Deodoro da Fonseca, afastando-se do poder D. Pedro II e toda a dinastia de Bragança, sem ter havido muita movimentação popular.

Tratava-se mais de um golpe de Estado militar e armado do que de qualquer movimento do povo. A República nascia, assim, sem legitimidade. A República é prevista no texto de 1891 e permanece até hoje.

A *República* surge no texto de 1891 como cláusula pétrea e é mantida em todas as Constituições, inclusive na de 1988.

Contudo, no texto de 1988 a República não é estabelecida como cláusula pétrea, passando a ser fixada como **princípio sensível** (art. 34, VII, "a").

Apesar de não ser cláusula pétrea, por meio de plebiscito, o "povo" confirmou a forma republicana, não podendo, portanto, emenda à Constituição instituir a Monarquia, sob pena de se violar a soberania popular, a

22

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OUTROS TEMAS

22.1. EXPLICITAÇÃO DA PROPOSTA

O meu prestigiado leitor deve estar se questionando sobre o motivo de estarmos abrindo um novo capítulo, até fora da lógica didática da disposição do livro.

A estratégia se justifica pelo fato de que alguns temas (assuntos) não estão atrelados aos pontos específicos.

Assim, com o objetivo de destacar as atualidades legislativas, jurisprudenciais ou legais, resolvemos abrir esse novo tópico.

Para esta nova edição, escreveremos algumas linhas sobre os **princípios constitucionais da administração pública** , até porque, em razão da *complexidade dos concursos* , a leitura de livros específicos da matéria de *direito administrativo* se mostra indispensável.

22.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os **princípios constitucionais da administração pública** estão explicitados no art. 37, *caput* , que sofreu importante modificação com a **EC n. 19/98** , conforme se observa no quadro abaixo:



REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de direito processual civil* . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

————. *Suspensão de segurança* : sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público* . Atualizado por Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal* : densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

————. *Fraudes à Constituição:* um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris. Editor, 2000.

————. *Curso de direito constitucional* . 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEGRE, José Sérgio Monte. A ação popular como instrumento de participação popular. *Revista de Direito Administrativo* , Rio de Janeiro, v. 189, p. 123-138.

ALEXY, Robert; SILVA, Luis Virgilio Afonso da (trad.). *Teoria dos direitos fundamentais* . São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A constituição do Estado federal e das unidades federadas. *Revista de Informação Legislativa* , v. 24, n. 95, p. 171-82, jul./set. 1987.

————. A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro: análise do tema à luz do direito constitucional. *Revista do Advogado* , São Paulo, v. 23, n. 73, p. 48-58, nov. 2003.

————; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Efeitos da Constituição sobre o direito anterior. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São*

Paulo , jun. 1989.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *O novo controle de constitucionalidade municipal* . Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVIM NETTO, Arruda. *Direito processual civil* : teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. v. 1.

AMORIM, Paulo Roberto Rodrigues. *Os direitos humanos da terceira geração.* Manoel Gonçalves Ferreira Filho (orientador). São Paulo (s.n.), 1996. 57 p. Dissertação de mestrado — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1996.

ANTUNES, Luis Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo:* para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

————; ————. *Curso de direito constitucional.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

————; ————. *Curso de direito constitucional.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. *Prática do processo legislativo:* jogo parlamentar; fluxos de poder e ideias no Congresso; exemplos e momentos comentados. São Paulo: Atlas, 2001.

BACHA, Sergio Reginaldo. *Constituição Federal:* leis complementares e leis ordinárias — hierarquia? Belo Horizonte: Fórum, 2004. 190 p.

————. *Mandado de injunção* . Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil:* Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 12. ed., rev. e atual. (inclusive de acordo com o novo Código Civil e com a Emenda Constitucional n. 45). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5 (arts. 476 a 565).

————. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* , Rio de Janeiro, n. 62, p. 43-68, jan./mar. 2005.

————. *Litisconsórcio unitário* . Rio de Janeiro: Forense, 1972.

————. *Questões prejudiciais e coisa julgada* . Rio de Janeiro: [s. n.],